

In de reeks 'Algemeen bestuursrecht 2001' zijn verschenen:

- | | |
|---|--------------------|
| 1. De ketenbenadering in de Awb | ISBN 90-5454-140-7 |
| 2. De burger en de Awb. Ervaringen van repeat players
met Awb-procedures | ISBN 90-5454-141-5 |
| 3. Subsidies | ISBN 90-5454-139-3 |
| 4. Beleidsregels | ISBN 90-5454-142-3 |
| 5. Mandaat en delegatie | ISBN 90-5454-143-1 |
| 6. Hoger beroep | ISBN 90-5454-144-x |
| 7. Rechtsvergelijking bestuursrechtspraak | ISBN 90-5454-123-7 |

Hoger beroep

Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Mr. R.J.N. Schlössels

Prof. mr. F.A.M. Stroink

Prof. mr. J.B.J.M. ten Berge

Mr. A.J. Bok

Dr. W.J.M. Voermans

Prof. mr. B.W.N. de Waard

Mr. P.A. Willemsen

*Instituut voor Staats- en Bestuursrecht
Universiteit Utrecht*

*Capaciteitsgroep Publiekrecht
Universiteit Maastricht*

*Centrum voor procesrecht, Schoordijk Instituut
Katholieke Universiteit Brabant*

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2001

© 2001 Dit rapport is uitgebracht ten behoeve van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (wooc) te Den Haag.

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopiëren, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90-5454-144-X
NUGI 963

Inhoud

Voorwoord	xi
Samenvatting	xv

1 INLEIDING

1.1	Aanleiding tot het onderzoek	1
1.2	Probleem- en vraagstelling	2
1.3	Onderzoeksmethoden	7
1.4	Termen en begrippen	10
1.4.1	Algemeen	10
1.4.2	Devolutieve werking van het appèl	12
1.5	Beperkingen van het onderzoek	16
1.6	Opzet van en hoofdstukken in dit rapport	17

2 NORMATIEVE EISEN AAN HET HOGER BEROEP

2.1	Inleiding	19
2.2	Functies van het hoger beroep	20
2.2.1	Algemeen	20
2.2.2	De opvatting van de wetgever	22
2.2.3	Opvattingen in de literatuur	25
2.2.4	Opvattingen tijdens de interviews	26
2.2.5	Conclusie	27
2.3	Het internationale recht en de omvang van geding in (hoger) beroep	28
2.3.1	Inleiding	28
2.3.2	Constitutionele eisen aan ambtshalve toetsing van internationaal recht	29
2.3.3	Het EG-recht	30
2.3.4	Het EVRM	33
2.3.5	Conclusie	38
2.4	Beginnelsen van procesrecht en de omvang van geding in (hoger) beroep	38
2.4.1	Inleiding	38
2.4.2	Verdedigingsbeginsel (eerlijk proces)	39
2.4.3	Redelijke termijn en finaliteit	40
2.4.4	Beginsel van goede procesorde	41
2.4.5	Conclusie	42

2.5	Uitgangspunten van het Awb-procesrecht en de omvang van geding in hoger beroep	43
2.5.1	Rechtsbeschermingsfunctie	43
2.5.2	'Sociale' karakteristieken	44
2.6	Bevindingen	45
3	TOEGANG TOT HET HOGER BEROEP	
3.1	Inleiding	47
3.2	Object van geding in hoger beroep	47
3.2.1	Inleiding	47
3.2.2	Jurisprudentie	48
3.2.3	Literatuur	50
3.2.4	Interviews	52
3.2.5	Dossieronderzoek	53
3.2.6	Bevindingen	57
3.3	Procesbelang in hoger beroep	57
3.3.1	Inleiding en literatuur	57
3.3.2	Jurisprudentie	58
3.3.3	Dossieronderzoek	65
3.3.4	Bevindingen	66
4	DE OMVANG VAN HET GEDING IN HOGER BEROEP EN DE ROL VAN PARTIJEN	
4.1	Inleiding	67
4.2	Feitenvaststelling en bewijslast	69
4.2.1	Algemeen	69
4.2.2	Literatuur	69
4.2.3	Jurisprudentie	72
4.2.4	Interviews	78
4.2.5	Bevindingen	78
4.3	Omvang van geding in eerste aanleg	79
4.3.1	Algemeen	79
4.3.2	Literatuur	80
4.3.2.1	Correctie: formele gebreken	81
4.3.2.2	Binding van de bestuursrechter aan beroepsgronden: gradaties	82
4.3.3	Jurisprudentie	84
4.3.4	Bevindingen	87
4.4	De omvang van geding in hoger beroep: appellant en geïntimeerde	88
4.4.1	Algemeen	88
4.4.2	Literatuur	89
4.4.2.1	Standpunten van Tak en De Bock	89
4.4.2.2	Standpunten van Schlössels en Brenninkmeijer	90
4.4.2.3	Standpunten van Schreuder-Vlasblom en Hoogenboom	90
4.4.3	Jurisprudentie	92
4.4.3.1	Algemeen	92

4.4.3.2	Positie geïntimeerde en vragen inzake (voorwaardelijk) incidenteel appèl	93
4.4.4	Interviews	103
4.4.4.1	Algemeen (trechtermodel)	103
4.4.4.2	Incidenteel appèl	104
4.4.5	Dossieronderzoek	105
4.4.6	Bevindingen en evaluatie	107
4.5	Nieuwe gronden, argumenten en vorderingen in hoger beroep	110
4.5.1	Algemeen	110
4.5.2	Literatuur	110
4.5.3	Jurisprudentie	113
4.5.3.1	Nieuwe gronden	113
4.5.3.2	Nieuwe argumenten	122
4.5.3.3	Nieuwe vorderingen	131
4.5.4	Interviews	132
4.5.5	Dossieronderzoek	134
4.5.5.1	Nieuwe gronden	134
4.5.5.2	Nieuwe argumenten	137
4.5.6	Bevindingen	138
4.6	De goede procesorde	139
4.6.1	Algemeen	139
4.6.2	Literatuur	139
4.6.2.1	De goede procesorde en hoor en wederhoor	140
4.6.2.2	De goede procesorde en het 'trechtermodel'	140
4.6.3	Jurisprudentie	141
4.6.4	Interviews	143
4.6.5	Dossieronderzoek	143
4.6.6	Bevindingen	145
4.7	De werking van de artikelen 6:18 en 6:19 in hoger beroep	145
4.7.1	Algemeen	145
4.7.2	Jurisprudentie	146
4.7.2.1	Welke besluiten worden aangemerkt als wijzigingsbesluiten waar de artikelen 6:18 en 6:19 Awb op van toepassing zijn?	146
4.7.2.2	Zelf eindoordeel vormen of verwijzen naar eerste rechter?	152
4.7.2.3	Welke is de aangewezen rechtsgang tegen nadere besluiten?	153
4.7.2.4	Nieuw besluit ingeval van niet-passeerbare gebreken aan oorspronkelijk besluit	153
4.7.2.5	Overschrijding beroepstermijn werkt niet door naar het nader genomen besluit	154
4.7.2.6	Algemeen praktisch probleem: mededeling van nader besluit blijft nogal eens achterwege	154
4.7.3	Literatuur	154
4.7.4	Dossieronderzoek	155
4.7.5	Interviews	156

4-7.6	Bevindingen	156
4-7.6.1	Voorgeschiedenis: re evaluatie Awb	156
4-7.6.2	Verbeteringen via wettelijke maatregelen zijn gewenst	157
4-7.6.3	Expliciete basis voor de toepasselijkheid van 'artikel 6:19' op besluiten die na een vernietiging worden genomen teneinde opnieuw in de zaak te voorzien	158
4-7.6.4	Duidelijkheid over de route, ingeval door het bestuur opnieuw in de zaak wordt voorzien	159
4-7.6.5	Ook voor de 'gewone' artikel 6:18/6:19-gevallen is duidelijkheid nodig over de route	160
4-7.6.6	Puntsgewijze samenvatting	161
4-7.6.7	Mogelijke bedenkingen tegen de aangedragen voorstellen	162
5	AMBTSHALVE ACTIVITEITEN DOOR DE RECHTER	
5.1	Inleiding	167
5.2	Jurisprudentie	170
5.2.1	Ambtshalve toetsing en ambtshalve aanvulling van rechtsgronden	170
5.2.2	Ambtshalve toetsing en bepalingen van openbare orde	173
5.2.2.1	Inleiding	173
5.2.2.2	Niet van openbare orde	173
5.2.2.3	Van openbare orde, casu quo ambtshalve toetsing	174
5.2.3	Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden	181
5.2.4	Ambtshalve aanvulling van feiten	186
5.2.5	Conclusie	186
5.3	Literatuur	187
5.3.1	Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden	187
5.3.2	Ambtshalve toetsing	188
5.3.3	Ambtshalve aanvullen van feiten	190
5.4	Dossieronderzoek	191
5.4.1	Ambtshalve toetsing en bepalingen van openbare orde	191
5.4.2	Aanvullen van de rechtsgronden en/of de feiten	195
5.5	Interviews	197
5.5.1	Ongelijkheidscompensatie en rechterlijke attitude	197
5.5.2	Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden en feiten	197
5.5.3	Bepalingen van openbare orde	198
5.6	Bevindingen	199
6	AFDOENING EN MOTIVERING IN HOGER BEROEP	
6.1	Inleiding	201
6.2	Jurisprudentie-analyse	201
6.3	Literatuuronderzoek	204
6.4	Dossieronderzoek	205
6.5	Interviews	207
6.6	Bevindingen	208

7	SLOTBESCHOUWINGEN	
7.1	Samenvatting	209
7.1.1	Algemeen	209
7.1.2	Partijenproces en de ambtshalve activiteiten van de rechter	210
7.1.3	Object van geding en nieuwe gronden en argumenten in appèl	211
7.1.4	<i>Uitbreiding van het geding in appèl</i>	213
7.1.5	Afdoening en motivering in appèl	215
7.2	Kwaliteit opnieuw bekeken	216
7.2.1	Funcities van hoger beroep	217
7.2.2	Internationale eisen en beginselen van behoorlijk proces	218
7.2.3	Beginnelsen van procesrecht	219
7.2.4	Karakteristieken van het bestuursproces	220
7.2.5	Eindoordeel	221
7.3	Het bestuursproces in de toekomst	222
7.3.1	Op weg naar het hoger beroep	222
7.3.2	Differentiatie in appèl	226
7.4	Concrete aanbevelingen	228
7.4.1	Aan wetgever en beleid	228
7.4.2	Aan de rechtspraak	230
	LITERATUURLIJST	231
	JURISPRUDENTIE	237
	BIJLAGEN	245

Voorwoord

Voor u ligt het resultaat van een evaluatie-onderzoek naar het Bestuursrechtelijk Hoger Beroep, dat is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Justitie, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum. Opdrachtnemers waren de Universiteit Utrecht, Instituut voor Staats- en Bestuursrecht, de Universiteit Maastricht, capaciteitsgroep Publiekrecht en de Katholieke Universiteit Brabant, Centrum voor Procesrecht.

Reeds eerder, in 1996, was het bestuursprocesrecht van de Algemene wet bestuursrecht geëvalueerd.¹ Ten tijde van deze evaluatie was echter nog weinig appèljurisprudentie onder het regime van de Awb beschikbaar, zodat het hoger beroep in dat onderzoek buiten beschouwing gelaten is. In het kader van de genoemde tweede evaluatieronde Awb heeft de opdrachtgever de behoefte gevoeld om het bestuursrechtelijk hoger beroep aan een nader onderzoek te onderwerpen. De resultaten van dit onderzoek treft u hierbij aan.

Het onderhavige onderzoek omvat niet alle vragen die met betrekking tot het bestuursrechtelijke hoger beroep zouden kunnen worden opgeworpen. Het is toegespijt op het thema van de omvang van geding in hoger beroep en daarmee samenhangende kwesties als: welke functie(s) vervult het hoger beroep in het bestuursrecht; wat is het object van geding in appèl; in hoeverre kunnen in appèl nog nieuwe gronden en argumenten worden aangevoerd; is er behoefte aan een incidenteel appèl in het bestuursrechtelijk appèl; hoe worden de artikelen 6:18 en 6:19 Awb in appèl toegepast; en hoe zit het met de ambtshalve activiteiten van de (appèl)rechters? Andere aspecten die van belang zouden kunnen zijn voor het geven van een oordeel over het functioneren van het bestuursrechtelijk appèl, zoals de doorlooptijden, de zeefwerking van de eerste aanleg, de wenselijkheid van de schorsende werking van appèl et cetera, zijn buiten het onderzoek gebleven.

Het onderzoek valt uiteen in zeven hoofdstukken. Na een inleidend hoofdstuk 1 wordt in hoofdstuk 2 aangegeven aan welke normatieve kwaliteitseisen het bestuursrechtelijke appèl in algemene zin zou moeten voldoen. Hoofdstuk 3 tot en met 6 bevatten vervolgens de resultaten van het juridisch-empirische onderzoek naar de omvang van het geding in appèl in ruime zin.

Hoofdstuk 3 bespreekt de toegang tot het hoger beroep. Daarbij wordt onderzocht, wat het object van het hoger beroep is (het oorspronkelijk bestreden besluit en/of de uitspraak van de eerste rechter), terwijl ook enkele verwickelingen rond

1. J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard, R.J.G.M. Widdershoven, A.J. Bok, W.J.M. Voermans, P. Albers, P.M. Langbroek, A.R. Neerhof, Het bestuursprocesrecht, verschenen in de reeks: Ervaringen met de Awb, Deel 2, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1996.

het procesbelang in hoger beroep aan de orde komen. Hoofdstuk 4 behandelt de omvang van het geding in hoger beroep en de rol van partijen daarbij. Achtereenvolgens komen aan de orde: feitenvaststelling en bewijslast; de omvang van het geding in eerste aanleg; de omvang van het geding in hoger beroep en de invloed van appellant en geïntimeerde (inclusief de kwestie van incidenteel appèl); nieuwe vorderingen, gronden en argumenten in hoger beroep; en, ten slotte, de toepassing van de artikelen 6:18/6:19 Awb in hoger beroep. Hoofdstuk 5 gaat in op de ambtshalve activiteiten door de rechter. Daarbij gaat het om de ambtshalve toetsing aan bepalingen van openbare orde, en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden en feiten. Hoofdstuk 6 bespreekt de afdoening van het geschil in hoger beroep en de motivering van de hoger-beroepsuitspraken.

In hoofdstuk 7 worden de resultaten van het juridisch-empirische onderzoek uit de hoofdstukken 3 tot en met 6 geconfronteerd met de kwaliteitscriteria van hoofdstuk 2. Dit leidt tot een beoordeling van de aangetroffen praktijk, alsmede tot een aantal aanbevelingen voor de toekomst.

Bij het onderzoek zijn de volgende onderzoeksmethoden gebruikt: literatuuronderzoek, jurisprudentieonderzoek, dossieronderzoek bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep en een aantal interviews bij appèlgerechten, gerechten van eerste aanleg en een advocatenkantoor.

Onderzoekersleiders waren prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (UU) en prof. mr. F.A.M. Stroink (UM). Mr. A.J. Bok (UU) was belast met de organisatie en coördinatie van het onderzoek. Verder hebben aan het onderzoek meegewerkt: mr. R.J.N. Schlössels (UM), dr. W.J.M. Voermans (KUB), prof. mr. B.W.N. de Waard (KUB) en mr. P.A. Willemsen (VU). Prof. mr. J.B.J.M. ten Berge (UU) trad op als intern adviseur ten behoeve van het onderzoek. Daarnaast hebben de student-assistenten mw. A. Keessen (UU) en mw. N.L.M. Horning (KUB) nuttige ondersteunende werkzaamheden ten behoeve van de interviews en het dossieronderzoek verricht. Mw. drs. M.E.H. Steine, mw. drs. I. Veerman en dhr. L. Sabajo waren behulpzaam bij het lezen, redigeren en de tekstopmaak van dit boek.

Als auteurs van het Eindrapport traden op: prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (die ook de eindredactie verzorgde), prof. mr. F.A.M. Stroink, mr. R.J.N. Schlössels, dr. W.J.M. Voermans en prof. mr. B.W.N. de Waard (primair verantwoordelijk voor par. 4.7, de werking van artikel 6:18 en 6:19 in hoger beroep). Mr. A.J. Bok, mr. R.J.N. Schlössels, dr. W.J.M. Voermans, prof. mr. B.W.N. de Waard en mw. A. Keessen hebben zorggedragen voor het dossieronderzoek. Mr. P.A. Willemsen verzorgde de jurisprudentie-analyse. Alle onderzoekers waren in meer of mindere mate betrokken bij de interviews.

Het onderzoek werd begeleid door een begeleidingscommissie, onder voorzitterschap van mr. H.G. Lubberdink, vice-President van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. De samenstelling van de begeleidingscommissie is vermeld in bijlage 1 bij dit rapport.

De onderzoekers danken de leden van de begeleidingscommissie voor het actieve commentaar op de teksten en hun kritisch-opbouwende opmerkingen daarbij.

De impuls vanuit de begeleidingscommissie heeft beslist bijgedragen aan de kwaliteit van de onderzoeksresultaten. Een bijzonder woord van dank gaat uit naar het lid van de begeleidingscommissie prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom, voor het vele waardevolle materiaal dat zij aan de onderzoekers ter beschikking heeft gesteld.

Een woord van dank gaat ten slotte uit naar mr. A.J.Th. Kok, jurisprudentie-coördinator bij de CRVB, en mw. mr. A. Verbeek, directiesecretaris van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, die belangrijke werkzaamheden hebben verricht ten behoeve van het dossieronderzoek.

Het bestuursrechtelijk hoger beroep is een moeilijk onderzoeksobject, onder meer omdat omtrent functie en omvang van het hoger beroep, en de rol van de rechter en partijen daarin, veel meningsverschil bestaat. De onderzoekers hopen de feitelijke praktijk van het hoger beroep onder de Awb op een overzichtelijke wijze in kaart gebracht te hebben. Verder hopen zij dat de bevindingen mede kunnen bijdragen aan de verdere ontwikkeling van (de kwaliteit van) het hoger beroep.

Mede namens de onderzoekers,

Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven

Prof. mr. F.A.M. Stroink

Samenvatting

PROBLEEMSTELLING EN AANPAK

1. Op 1 januari 1994 is voor het grootste gedeelte van het bestuursrecht rechtspraak in twee feitelijke instanties ingevoerd. De centrale vraag in het onderzoek is in hoeverre dit heeft bijgedragen aan de kwaliteit van de rechtspraak zoals door de wetgever beoogd. Volgens de bedoeling van de wetgever zou het hoger beroep een belangrijke bijdrage aan de kwaliteit bieden door de mogelijkheid van herstel van fouten door de eerste rechter en door partijen. De vraag naar de kwaliteit van het hoger beroep is in het onderzoek toegespitst op de kwestie van de omvang van het geding en de daaruit blijkende opvatting van de appèlrechters omtrent de functie van het hoger beroep. Een belangrijk aandachtspunt daarbij is in hoeverre partijen in appèl nog nieuwe argumenten en gronden kunnen aanvoeren. Daarnaast is een aantal, daarmee samenhangende specifieke kwesties in het onderzoek betrokken, meer in het bijzonder de afdoening en motivering in hoger beroep, de werking van de artikelen 6:18/6:19 in hoger beroep en vragen van procesbelang en incidenteel appèl.

2. De opbouw van het boek sluit nauw aan bij de onderzoeksaanpak. Eerst is in hoofdstuk 2 het begrip 'kwaliteit' vanuit vier invalshoeken geoperationaliseerd, namelijk de mogelijke functies van het hoger beroep (herstel door partijen, controle van de eerste rechter, bevordering rechtseenheid en rechtsontwikkeling), het internationale recht (EVRM en EG-recht), de beginselen van behoorlijk procesrecht en de doelstellingen en karakteristieken van het Awb-bestuursprocesrecht.

Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 tot en met 6 de stand van zaken met betrekking tot de diverse onderzoeksthema's juridisch-empirisch onderzocht. Aan de hand van vier onderzoeksmethoden – jurisprudentie-analyse, literatuuronderzoek, interviews en dossieronderzoek – worden geldend recht en opvattingen weergegeven omtrent de thema's object van geding en procesbelang in appèl (hoofdstuk 3), de invloed van partijen op de omvang van geding in appèl, inclusief kwesties als het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten, incidenteel appèl en de werking van de artikelen 6:18/6:19 Awb (hoofdstuk 4), de ambtshalve activiteiten van de (appèl)rechters (hoofdstuk 5) en de afdoening en motivering in appèl (hoofdstuk 6).

Ten slotte worden in hoofdstuk 7 de belangrijkste bevindingen samengevat en worden de resultaten van het juridisch-empirische onderzoek uit hoofdstuk 3 tot en met 6 getoetst aan het kwaliteitskader van hoofdstuk 2. Dit leidt tot een beoordeling van de aangetroffen praktijk, alsmede tot een aantal aanbevelingen.

3. Het onderzoek kent een aantal beperkingen. De belangrijkste beperking is dat de kwaliteitsvraag in het onderzoek primair is gerelateerd aan de opvattingen van

de appèlrechters omtrent de omvang van geding in appèl en de daaruit blijkende functie(s) van het appèl in het bestuursrecht. Andere aspecten die van belang zouden kunnen zijn voor het oordeel over kwaliteit – zoals doorlooptijden, de zeeffwerking van de eerste aanleg of de mate waarin het appèl bijdraagt aan de rechtseenheid – blijven buiten beschouwing. Een tweede beperking is dat alleen de appèlpraktijk van de ABRs en CRVB in het onderzoek is betrokken. Ten slotte past de volgende relativerende opmerking bij de bevindingen. Het hoger beroep in het bestuursrecht heeft zich sinds 1994 langzaam maar zeker ontwikkeld en deze ontwikkeling is nog allerminst beëindigd. Het onderzoek laat daarom een momentopname zien in een voortgaande ontwikkeling.

BEVINDINGEN¹

4. De wijze waarop de ABRs en de CRVB inhoud hebben gegeven aan hun taak als hoger-beroepsrechter vertoont overeenkomsten, maar ook verschillen. Overeenkomsten overheersen bij de ontwikkeling van het bestuursproces in de richting van een *partijenproces* en – daarmee samenhangend – het in *mindere mate* verichten van ambtshalve activiteiten, alsmede bij de wijze van afdoening.

- a) Bij beide appèlrechters wordt het geding zowel in beroep in eerste aanleg als in hoger beroep primair bepaald door de 'wensen' van appellant (art. 8:69, eerste lid Awb). Beperking van de omvang kan daarbij plaatsvinden door de vordering, doordat daarin slechts een onderdeel van het besluit, casu quo van de uitspraak in eerste aanleg wordt aangevochten, alsmede door de tegen het besluit, casu quo de uitspraak in eerste aanleg aangevoerde gronden.
- b) Volgens beide appèlrechters is de rechterlijke plicht tot het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden beperkt tot de omvang van het geding (in appèl) zoals die door de vordering en de gronden van appellant (in appèl) is afgebakend. Daarbuiten dient de rechter alleen ambtshalve te toetsen aan bepalingen van openbare orde. Als zodanig worden in elk geval aangemerkt bepalingen betreffende de bevoegdheid van rechter en bestuur en de ontvankelijkheid van rechtsmiddelen. Voor de beoordeling in appèl kunnen daaraan worden toegevoegd: grondregels van een behoorlijk proces en dwingende bepalingen over de procedure in eerste aanleg; bepalingen betreffende de omvang van het geding in eerste aanleg. De (procedurele) Awb-bepalingen betreffende de bestuurlijke (bezwaren)fase zijn niet van openbare orde.
- c) Beide appèlrechters hebben gekozen voor een wijze van afdoening waarbij, indien het komt tot een vernietiging van de eerste uitspraak, als het even kan de zaak zelf wordt afgedaan en terugwijzing naar de eerste aanleg wordt vermeden. In zoverre streven beide rechters naar finaliteit. Wat betreft de motivering van appèluitspraken is vooral kritiek mogelijk op de Afdeling en wel met name op de wijze waarop zij haar jurisprudentie inzake de beperking van de mogelijkheid om in (hoger) beroep nog nieuwe gronden en argumenten in te brengen tot nu toe heeft onderbouwd.

1. Zie voor een meer uitvoerige samenvatting, par. 7.1.

5. Het belangrijkste verschil tussen beide appèlrechters ziet men bij de mate waarin in appèl nog nieuwe gronden en argumenten kunnen worden aangevoerd: anders dan de Afdeling die heeft gekozen voor een beperkte herkansing, opteert de CRVB voor een ruime herkansing. Verder bestaan er tussen beide appèlrechters kleine verschillen bij de mogelijkheid voor geïntimeerde (gedaagde) om in appèl nog eigen gronden aan te voeren en bij de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb in appèl.

- a) De ABRs heeft principieel gekozen voor de uitspraak in eerste aanleg als object van geding in hoger beroep: bekeken wordt of de eerste rechter, gegeven de omvang van het geding in eerste aanleg, de zaak juist heeft beoordeeld. Mede om die reden beperkt de Afdeling de herkansingsfunctie van het appèl in die zin dat bij het pas in appèl inbrengen van nieuwe gronden en ingrijpende nieuwe argumenten (bewijs) in het algemeen wordt gevraagd te rechtvaardigen waarom deze niet in een eerdere fase van de procedure zijn aangevoerd. Daar komt bij dat volgens de ABRs nieuwe argumenten, gegevens en bewijs soms al niet meer bij de eerste rechter – en uiteraard evenmin in appèl – kunnen worden ingebracht, omdat zij niet in bezwaar (of administratief beroep) naar voren zijn gebracht. De Afdeling past beide beperkingen toe in zowel tweepartijengeschillen als in drie- of meerpartijengeschillen.
- De CRVB gaat uit van een ruime herkansingsfunctie van het appèl. Nieuwe gronden worden daarom in appèl toegelaten zolang de wederpartij voldoende gelegenheid heeft gehad voor verweer en de gronden in primo niet bewust achterwege zijn gelaten. Van deze hoofdregel wordt afgeweken wanneer de nieuwe grond slechts summier is aangeduid en deze grond ook overigens niet erg waarschijnlijk is. Nieuwe argumenten worden, zolang de wederpartij in appèl maar voldoende mogelijkheden heeft gehad zich hiertegen te verweren, door de CRVB in de beoordeling meegenomen. Dit is zelfs zo wanneer deze in eerste aanleg terecht buiten de beoordeling zijn gelaten, omdat ze in die procedure te laat waren aangevoerd.
- b) Wat betreft het inbrengen door geïntimeerde (gedaagde in appèl) van gronden die in eerste aanleg zijn verworpen en die – omdat men op een andere grond gelijk kreeg – onberoepen zijn gebleven, is de CRVB, mede omdat de mogelijkheid van incidenteel appèl in het bestuursprocesrecht ontbreekt, relatief ruimhartig. Indien zij samenhang vertonen met de beslissing van de rechtbank die door appellante in appèl is aangevochten, kunnen zij via het verweerschrift (wederom) in appèl worden ingebracht. In zoverre is de facto en partieel – namelijk alleen voorzover wordt voldaan aan het samenhangcriterium – sprake van een jurisprudentieel incidenteel appèl. De ABRs stelt zich ten aanzien van inbrengen door geïntimeerde van in eerste aanleg verworpen gronden iets terughoudender op: dit wordt alleen toegestaan, wanneer zij onlosmakelijk samenhangen met de beslissing van de rechtbank waartegen het hoger beroep van appellante is gericht. Uitspraken waarin dit het geval was, zijn niet aangetroffen.
- c) Bij de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb in appèl zijn de grootste verschillen tussen de CRVB en ABRs inmiddels verdwenen. De kleine verschil-

len die thans nog resteren, leiden er grosso modo toe dat deze artikelen in de appèlpraktijk van de CRvB in iets ruimere mate worden toegepast dan in die van de ABRS.

BEOORDELING

6. Voor een belangrijk deel hangt het kwaliteitsoordeel over de appèlrechtspraak af van de rechtspolitieke keuze die men maakt voor een bepaalde benadering van appèl. Voor een ander deel is dat niet het geval: met name is kritiek mogelijk op de summieriende en niet altijd duidelijke motivering door de Afdeling wat betreft het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten in (hoger) beroep. Voor het overige gaat het echter om een rechtspolitieke keuze waarbij een bepaalde keuze wel consequenties heeft voor de richting waarin het bestuursproces zich verder zal ontwikkelen.

De ABRS heeft gekozen voor een beperkte herkansingsmogelijkheid van het appèl in het bestuursrecht: het inbrengen van nieuwe gronden en nieuwe ingrijpende argumenten (bewijs) in appèl is in het algemeen slechts mogelijk indien er een rechtvaardiging bestaat dat deze niet eerder in de procedure zijn ingebracht. Deze benadering heeft voordelen vanuit de (proceseconomische) optiek van de redelijke termijn en finaliteit, hetgeen zeker voor geschillen waarin een echte belangenafweging ter toets staat en belangen van derden zijn betrokken niet onbelangrijk is. Bovendien kunnen met deze aanpak de rechtseenheidsfunctie en de controlefunctie van het appèl in beginsel goed tot hun recht komen en bevordert deze benadering een optimaal gebruik van de eerste aanleg. Minder positief kan de benadering van de ABRS worden gewaardeerd vanuit de optiek van laagdrempeligheid en materiële waarheidsvinding.

Bij de CRvB biedt het appèl een ruime herkansingsmogelijkheid voor partijen omdat zij fouten op het punt van het inbrengen van gronden en argumenten veelal tot in appèl kunnen herstellen. De controlefunctie en rechtseenheidsfunctie zijn in dit model ondergeschikt aan de herkansingsfunctie. Omdat in appèl ook nieuwe argumenten kunnen worden aangevoerd die in eerste aanleg terecht wegens strijd met de goede procesorde buiten toepassing waren gelaten, wordt een optimaal gebruik van de eerste aanleg minder bevorderd dan in de Afdelingsbenadering. De CRvB-benadering kan op zich leiden tot een verlenging van de procedure. In deze benadering blijven daarentegen waarden als laagdrempeligheid en materiële waarheidsvinding overeind.

7. Op zich zijn beide benaderingen van het appèl verdedigbaar. Minder bevredigend is dat de aanpak waarmee de burger wordt geconfronteerd, afhankelijk is van de appèlrechter die over het betreffende geschil oordeelt en niet van de aard van het geschil of de daarbij betrokken belangen. Zo past de ABRS de beperkte herkansingsbenadering niet alleen toe in complexe drie- of meerpartijengeschillen, maar ook in een typisch twee-partijengeschil met een sociaal karakter zoals een huursubsidiezaak. Hadden de desbetreffende geschillen behoord tot de rechtsmacht van de CRvB, dan hadden burgers waarschijnlijk een ruime herkan-

singsmogelijkheid gehad. Naar het oordeel van de onderzoekers is dit verschil in benadering in zeer vergelijkbare geschillen willekeurig.

ALGEMENE EN CONCRETE AANBEVELINGEN

8. In algemene zin doen de onderzoekers de aanbeveling om een meer rationele keuze te maken voor wat betreft de aanpak in appèl. Op zichzelf kan daarbij over de hele linie worden gekozen voor de beperkte herkansingsaanpak van de ABRS of de ruime aanpak van de CRVB, maar aan beide benaderingen kleeft, althans bij introductie over de hele linie van het bestuursrecht, een aantal bezwaren. De onderzoekers hebben daarom een voorkeur voor een gedifferentieerd model. Uitgangspunt van dit model is de ruime herkansingsfunctie: nieuwe gronden en ingrijpende nieuwe argumenten zijn derhalve in beginsel toelaatbaar. Van dit uitgangspunt kan worden afgeweken, wanneer de goede procesorde zich tegen de toepassing ervan verzet, dan wel wanneer dit is aangewezen vanwege de aard van de bij het geschil betrokken belangen.

In concreto betekent dit dat bij de meeste geschillen het inbrengen van nieuwe gronden en ingrijpende argumenten in appèl alleen wordt beperkt door de goede procesorde. Bij geschillen over besluiten die een afweging vereisen van verschillende particuliere rechtsbelangen en het algemeen belang, en waarbij derhalve in de regel derdenbelangen zijn betrokken (bijv. omgevingsrecht, APV, economisch publiekrecht), kan de rechter echter kiezen voor een meer beperkte benadering.

9. Naast deze algemene aanbeveling worden aan de wetgever en de appèlrechters enige meer concrete aanbevelingen gedaan:

- De wetgever dient nadere wettelijke voorzieningen te treffen voor de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb (in appèl). Zie voor nadere bijzonderheden en argumentatie par. 4.7.6.
- Wat betreft de introductie van incidenteel appèl is van belang wat men met dit rechtsmiddel wenst te bereiken. Beoogt men slechts een beperkt incidenteel appèl, in die zin dat alleen in eerste aanleg verworpen gronden die samenhang vertonen met de in appèl aangevochten beslissing van de rechtbank, door geïntimeerde moeten kunnen worden ingebracht, dan zou men het doorvoeren hiervan kunnen overlaten aan de rechtspraak. Wenst men een (volledig) incidenteel appèl als 'tegenaanvalswapen' voor geïntimeerde, waarbij deze ook gronden die in een verder verwijderd verband van de door appellant aangevoerde gronden staan of zelfs nieuwe gronden of vorderingen kan aanvoeren, dan is wettelijke regulering noodzakelijk. Zie voor de aspecten die dan geregeld moeten worden par. 4.4.6.
- De CRVB zou, voorzover dat nog niet gebeurt, in zijn beoordeling expliciet uit moeten gaan van de uitspraak in eerste aanleg als object van geding.
- De ABRS zou haar uitspraken inzake de omvang van geding – meer in het bijzonder die betreffende het aanvoeren van nieuwe gronden en ingrijpende nieuwe argumenten in (hoger) beroep – duidelijker én consistentier moeten motiveren.

- Het niet reeds aanvoeren van feitelijke gegevens en bewijs in de bestuurlijke (bezwaren)fase dient alleen in uitzonderingssituaties – namelijk wanneer dit welbewust of met aan opzet grenzende nalatigheid is geschied – ertoe te leiden dat de desbetreffende stukken niet meer bij de eerste rechter kunnen worden aangevoerd. Voor het overige dient deze 'fout' te worden verdisconteerd in de proceskostenveroordeling en bij het toekennen van schadevergoeding.

1 Inleiding

1.1 AANLEIDING TOT HET ONDERZOEK

Het bestuursrechtelijke hoger beroep maakt als thema onderdeel uit van twee majeure wetgevingsoperaties.

In de eerste plaats is dat de herziening van de rechterlijke organisatie die vanaf 1990 is ingezet.¹ Deze operatie bestaat uit drie fasen, waarbij de eerste fase, die in 1994 is afgerond, behalve een grondige herziening van de bestuursrechtspraak in eerste aanleg ook een aantal voorlopige oplossingen behelsde voor de inrichting van het hoger beroep in bestuursrechtelijke geschillen.² In dat kader is ook voor de bestuursrechtspraak gekozen voor het uitgangspunt van rechtspraak in twee instanties, zij het dat hierop wel uitzonderingen zijn gemaakt. Bovendien werd het hoger beroep verdeeld over twee appelcolleges, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep, zonder dat is voorzien in een institutionele voorziening voor de rechtseenheid. Vanaf 1998 treedt ook het College van Beroep voor het bedrijfsleven als appelrechter op ten aanzien van de besluiten in een aantal sociaal-economische wetten. De definitieve besluitvorming over de inrichting van het bestuursrechtelijk hoger beroep werd vooruitgeschoven naar de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Daarbij zou onder meer moeten worden besloten over de volgende kwesties:

- nadere besluitvorming omtrent rechtspraak in één, dan wel in twee instanties. Zoals reeds aangegeven, is in de eerste fase op een aantal terreinen de historisch gegroeide situatie van rechtspraak in één instantie in stand gelaten;
- nadere besluitvorming omtrent de vormgeving van het hoger beroep in bestuursrechtelijke zaken: dient de spreiding van het bestuursrechtelijk appel over diverse colleges te worden gehandhaafd of is er reden voor concentratie bij één college of zelfs integratie van het appel binnen de gewone rechterlijke macht?
- het treffen van voorzieningen voor de rechtseenheid, zowel binnen het bestuursrecht als tussen het bestuursrecht en andere rechtsgebieden.

Ten aanzien van de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie worden op dit moment plannen ontwikkeld. De inhoud hiervan is mede afhankelijk van de ervaringen die met het bestuursrechtelijk hoger beroep sinds 1994 zijn opgedaan. Een belangrijke vraag daarbij is of de invoering van rechtspraak in twee instanties in bestuursrechtelijke zaken heeft bijgedragen aan de kwaliteit

1. Zie voor de laatste stand van zaken de Contourennota modernisering rechterlijke organisatie Kamerstukken II 2000-2001, 26 352, nr. 31.

2. Zie Kamerstukken II 1991/92, 21 967.

van de rechtspraak in algemene zin. Dit was immers een van de hoofdoverwegingen van de wetgever om het hoger beroep in te voeren.³

De tweede majeure wetgevingsoperatie die van belang is voor het hoger beroep, is de invoering van het uniforme bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 Algemene wet bestuursrecht. Hoewel dit procesrecht vooral is geschreven met het oog op de procedure in eerste aanleg, is het vrijwel volledig van overeenkomstige toepassing verklaard op het hoger beroep in bestuurszaken. Dit roept wel de vraag op of zich bij de toepassing hiervan in hoger beroep specifieke problemen of knelpunten hebben voorgedaan. Daarbij gaat de aandacht uit naar kwesties die op het eerste gezicht vooral juridisch-technisch lijken te zijn, maar die toch veel invloed hebben op de kwaliteit van de rechtspraak, zoals de vraag naar object en omvang van het geding in appèl, de vraag naar de mate waarin partijen in hoger beroep in eerste aanleg gemaakte fouten kunnen herstellen, de toepassing van artikel 6:18 en 6:19 Awb in appèl en vragen van procesbelang en incidenteel appèl. Om ter zake van deze onderwerpen knelpunten en problemen op te sporen, dient de jurisprudentie van de appèlrechters te worden onderzocht. Uit deze rechtspraak blijken tevens de opvattingen van de appèlrechters over het karakter en de functie van het hoger beroep. Het onderzoek kan aanleiding geven tot het treffen van nadere wettelijke voorzieningen.

Evaluatie-onderzoek

De evaluatie van de praktijk van het hoger beroep werd in 1995 om voor de hand liggende redenen buiten de eerste evaluatie van de Algemene wet bestuursrecht gehouden: met het nieuwe hoger beroep was eenvoudig nog te weinig ervaring opgedaan. Inmiddels is er, mede met het oog op de discussie over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie, behoefte ontstaan aan gegevens over de werking van het bestuursrechtelijke hoger beroep onder de Awb. Vandaar dat terzake een onderzoek is uitbesteed door het ministerie van Justitie, dat is gegund aan een samenwerkingsverband van het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, het Schoordijk Instituut, het Centrum voor Procesrecht van de Katholieke Universiteit Brabant en de Capaciteitsgroep Publiekrecht van de Universiteit Maastricht. In dit rapport gaan de onderzoekers na welke ervaringen gedurende zes jaar zijn opgedaan met het hoger beroep onder de Awb en in hoeverre daarbij de bedoelingen die de wetgever voor ogen stonden, al dan niet bereikt zijn.

1.2 PROBLEEM- EN VRAAGSTELLING

In het verlengde van de aanleiding tot het onderzoek, zoals die in de vorige paragraaf is omschreven, staan in het onderhavige onderzoek twee hoofdvragen centraal die onderling overigens nauw samenhangen.⁴

3. *Kamerstukken II 1991/92, 22 690, nr. 2.*

4. Deze vragen en de daarop volgende korte uitwerking zijn ontleend aan de offerte-aanvraag van het ministerie van Justitie, die de basis vormde voor het onderzoek.

- a) In hoeverre heeft invoering van rechtspraak in twee feitelijke instanties bijgedragen aan de kwaliteit van de rechtspraak, zoals beoogd door de wetgever?
- b) Welke ervaringen zijn opgedaan met de regels van het bestuursprocesrecht van hoofdstuk 8 Awb in hoger beroep? Welke knelpunten doen zich voor en wat zou eventueel kunnen worden verbeterd?

Beantwoording van de eerste vraag impliceert dat eerst moet worden bepaald op welke wijze het begrip kwaliteit kan worden geoperationaliseerd. Daarbij zijn de bedoelingen van de wetgever bij de invoering van het appel een belangrijk aandachtspunt. Volgens deze bedoelingen zou hoger beroep een belangrijke bijdrage aan de kwaliteit bieden door de mogelijkheid van het herstel van fouten door de eerste rechter en door partijen (zie par. 2.2.2). Bij de beantwoording van de tweede vraag moet het accent vooral liggen op de vraag wat blijkens de jurisprudentie de opvatting van de rechter is over het karakter en de functie van hoger beroep, waarbij met name aandacht moet worden besteed aan kwesties van object en omvang van het geding in hoger beroep en de – daarmee samenhangende – vraag, in welke mate partijen in eerste aanleg gemaakte fouten kunnen herstellen.

Wat betreft de kwaliteitscriteria, is er in dit onderzoek voor gekozen om een primair juridische invalshoek te hanteren. Andere kwaliteitsaspecten van het hoger beroep, zoals aspecten van Total Quality,⁵ komen daardoor niet aan de orde. Bovendien zijn de hoofdvragen a) en b) in zoverre aan elkaar gekoppeld dat de kwaliteitsvraag a) met name wordt beantwoord met betrekking tot de problematiek van hoofdvraag b), de omvang van het geding in hoger beroep in ruime zin. Hierdoor wordt de samenhang in het onderzoek bevorderd. Wel heeft deze keuze tot gevolg dat niet alle aspecten die van belang kunnen zijn voor het kwaliteitsoordeel, aan de orde komen. Zie paragraaf 1.5.

Het onderzoek valt uiteen in drie onderdelen.

1. In de eerste plaats is dat een onderdeel waarin het begrip *kwaliteit* voor het onderhavige onderzoek wordt geoperationaliseerd.
2. In de tweede plaats is er een *juridisch-empirisch* onderdeel, waarin vragen met betrekking tot het zwaartepunt van het onderzoek, de omvang van het geding in hoger beroep in ruime zin, centraal staan.
3. Ten slotte is er een onderdeel waarin een *beoordeling* wordt gegeven: de bevindingen uit het tweede onderdeel worden daarin getoetst aan de criteria uit het eerste onderdeel. Op basis hiervan worden aanbevelingen geformuleerd aan rechter en wetgever.

Hierna worden deze onderdelen nader uitgewerkt.

5. Daarbij kan worden gedacht aan zaken als de bejegening van en communicatie met partijen, het procesmanagement et cetera. Vgl. hierover onder meer Ten Berge 1998, p. 21-40.

Ad 1. Operationalisering kwaliteit

Het begrip kwaliteit is, in relatie tot hoger beroep, in dit onderzoek geoperationaaliseerd aan de hand van vier invalshoeken.

De eerste invalshoek voor operationalisering van kwaliteit zijn de *functies* van hoger beroep. Daarbij valt primair te denken aan de herkansingsfunctie (herstel van fouten door partijen), waarvan het belang door de wetgever bij de invoering van het hoger beroep is benadrukt. Daarnaast geven ook de twee andere functies van hoger beroep, het bevorderen van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling en de controle van de rechter in eerste aanleg, aanwijzingen voor een nadere operationalisering van het kwaliteitsbegrip.

Een tweede invalshoek op de operationalisering van het kwaliteitsbegrip is het *internationale recht*. In dit verband wordt met name aandacht besteed aan de eisen die het EVRM en het EG-recht stellen aan de omvang van het geding in hoger beroep.

In de derde plaats zijn de *beginselen van behoorlijk procesrecht* een belangrijke bron voor de operationalisering van het begrip kwaliteit. Met name valt te denken aan het beginsel van fair trial (verdedigingsbeginsel) en het beginsel van redelijke termijn. Deze beginselen zijn deels gepositieerd in artikel 6 EVRM, maar ook onafhankelijk daarvan wordt de normatieve waarde ervan in een rechtsstaat als Nederland erkend.

In de vierde en laatste plaats zijn de *doelstelling en de karakteristieken* van het bestuursprocesrecht, zoals die door de wetgever zijn geformuleerd, van belang voor een oordeel over de bijdrage van het hoger beroep aan de kwaliteit van de rechtspraak. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de primaire doelstelling van het bestuursproces, het verlenen van rechtsbescherming: wat wordt hiermee precies bedoeld en welke eisen levert deze doelstelling op voor het hoger beroep? Daarnaast zijn karakteristieken als het verlenen van ongelijkheidscompensatie en laagdrempeligheid van belang.

Ad 2. Juridisch-empirische studie naar de omvang van het geding in appel

Aan de hand van vooral de (gepubliceerde) rechtspraak wordt achterhaald hoe de hoger-beroepsrechters, de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrechtspraak omgaan met de problematiek van de omvang van het geding in hoger beroep. De centrale vraag is hoe deze rechters de omvang van het hoger beroep beperken en – afgeleid daarvan – in welke mate de herkansingsfunctie van het hoger beroep voor partijen uit de verf komt. Daartoe moeten de volgende, deels samenhangende, deelvragen worden beantwoord:

a. Object van het hoger beroep

Wat is het object van het hoger beroep, het in eerste aanleg bestreden besluit of de uitspraak van de rechter in eerste aanleg? Deze vraag is ten dele bepalend voor de buitengrenzen van het hoger beroep, met andere woorden de grenzen waarbinnen het hoger beroep zich maximaal kan afspelen.

b. De invloed van partijen op het geding in hoger beroep

Binnen de onder a) beschreven buitengrenzen van het hoger beroep vindt blijkens jurisprudentie een beperking van het geding in hoger beroep plaats. Een belangrijke rol wordt daarbij gespeeld door hetgeen appellant blijkens het hoger beroepschrift met het appèl wenst te bereiken. Een vraag die vervolgens moet worden beantwoord, is in hoeverre de omvang van het hoger beroep daarna weer kan worden uitgebreid door de grieven van de wederpartij in hoger beroep (de geïntimeerde). Bovendien is van belang in hoeverre appellant in appèl nog nieuwe stellingen, gronden of argumenten kan inbrengen. Al met al kunnen drie deelvragen worden onderscheiden.

b.1. In hoeverre zijn de wensen van de aanlegger van het hoger beroep bepalend voor de omvang van het hoger beroep?

Wordt daarbij een soort 'grievensstelsel' gehanteerd waarbij de *beroepsgronden* de omvang beperken, of is de *vordering* van eiser in dit verband bepalend? Het zal duidelijk zijn dat in het eerste geval – de beroepsgronden zijn bepalend – de reikwijdte van het hoger beroep veel beperkter is dan wanneer de vordering bepalend is.

b.2. In hoeverre kan verweerder in hoger beroep vervolgens nog eigen punten van bezwaar inbrengen?

In dit kader speelt de complexe vraag of de door verweerder in hoger beroep niet aangevochten onderdelen van de uitspraak in eerste aanleg als het ware formele rechtskracht krijgen. In de praktijk komt het voor dat de rechter in eerste aanleg een vernietiging baseert op een van de bezwaren van appellant, maar andere bezwaren onbesproken laat of – daarvan te onderscheiden – deze wel inhoudelijk beoordeelt maar verwerpt. Wanneer vervolgens naar aanleiding van het hoger beroep van verweerder in primo blijkt dat deze vernietigingsgrond geen stand houdt, maar appellant in eerste aanleg niet zelf beroep heeft ingesteld – het besluit was immers vernietigd – dan speelt de vraag of deze niet-besproken of verworpen bezwaren in hoger beroep alsnog kunnen worden ingebracht. Op dit punt speelt de problematiek van de devolutieve werking van het hoger beroep een belangrijke rol. Deze kwestie is voorts van grote betekenis voor de beantwoording van de vraag of in het bestuursproces behoefte bestaat aan een vorm van incidenteel appèl.

b.3. Nieuwe gronden en nieuwe argumenten

Een belangrijke vraag met het oog op de herkansingsfunctie van hoger beroep, waarvan de beantwoording overigens ten dele wordt bepaald door de antwoorden op de hiervoor vermelde (deel)vragen, is in hoeverre partijen in hoger beroep nog nieuwe gronden kunnen aanvoeren. Daarbij moet onderscheid worden gemaakt tussen nieuwe *gronden* die niet naar voren zijn gebracht in bezwaar en/of eerste aanleg en nieuwe *argumenten* (bewijs) voor gronden die wel eerder zijn aangevoerd.

De onderhavige vraag moet zowel worden beantwoord vanuit het perspectief van de omvang van het geding in hoger beroep als vanuit dat van de goede

procesorde. Vanuit het eerstgenoemde perspectief gaat het om de principiële vraag of de hoger-beroepsrechters überhaupt nog ruimte laten voor nieuwe gronden en/of argumenten. Vanuit het tweede perspectief wordt onder erkenning van het feit dat er een zekere ruimte voor nova in algemene zin bestaat, bekeken in hoeverre de goede procesorde in het concrete geval in de weg kan staan aan de inbreng van nieuwe gronden en argumenten, bijvoorbeeld omdat deze pas ter zitting worden opgeworpen.

Ten slotte dient bij de beantwoording van de onderhavige vraag aandacht te worden besteed aan de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb in appèl.

c. De ambtshalve activiteiten van de rechter (in appèl)

Nadat onder b) de grenzen van de rechtsstrijd in appèl zijn bepaald, moet aandacht worden besteed aan de ambtshalve activiteiten van de rechter (in appèl). Daarbij kunnen drie activiteiten worden onderscheiden.

In de eerste plaats gaat het om het ambtshalve aanvullen van *rechtsgronden* in de zin van artikel 8:69, tweede lid Awb. Hoe (beperkt) gaat de hoger-beroepsrechter met deze verplichting om? In hoeverre laat hij zich leiden door de wensen van partijen?

In de tweede plaats gaat het om de *ambtshalve toetsing* door de rechter aan bepalingen van dwingend recht buiten de grenzen van het geding zoals dat door partijen is bepaald. In dit kader moet aandacht worden besteed aan de categorie *bepalingen van openbare orde*. Deze bepalingen moeten blijken de jurisprudentie altijd – dus ook wanneer partijen daarop geen beroep doen – ambtshalve worden toegepast. Het is van belang om vast te stellen in hoeverre de hoger-beroepsrechters dit begrip helder definiëren en welke bepalingen volgens hen daartoe behoren.

In de derde plaats zal, voorzover mogelijk, ook moeten worden achterhaald op welke wijze de hoger-beroepsrechters gebruikmaken van hun bevoegdheid ex artikel 8:69, derde lid Awb, om ambtshalve de *feiten* aan te vullen. Vindt in hoger beroep nog een serieus eigen feitenonderzoek plaats of gaat men af op de feitenvaststelling door de rechter in eerste aanleg en beperken de hoger-beroepsrechters zich hoofdzakelijk tot een toets van rechtsvragen?

De vragen in dit onderdeel leveren de gegevens op die nodig zijn voor de beoordeling en aanbevelingen in het derde onderdeel. Denkbaar is dat daarbij verschillen zullen worden geconstateerd tussen beide hoger-beroepsrechters, de ABRS en de CRvB en zelfs tussen diverse kamers binnen een hoger-beroepscollege. Of dit zonder meer onwenselijk is, dan wel dat daarvoor (ten dele) goede redenen bestaan, is een vraag die in het volgende onderdeel moet worden beantwoord.

Ad 3. Beoordeling en aanbevelingen

Ten slotte moeten de bevindingen uit het juridisch-empirisch onderzoek naar de omvang van het geding in appèl worden beoordeeld in het licht van de kwaliteitscriteria zoals die in het eerste onderdeel zijn geoperationaliseerd. Naar aanleiding

hiervan kunnen aanbevelingen worden geformuleerd aan zowel de rechters als aan de wetgever.

1.3 ONDERZOEKSMETHODEN

Om een zo compleet mogelijk beeld te kunnen krijgen van de ervaringen die met het bestuursrechtelijke hoger beroep onder de Awb zijn opgedaan, is ervoor gekozen om gebruik te maken van een gecombineerde juridisch-bestuurswetenschappelijke onderzoeksmethode.

Daarbij wordt naast de juridische bestudering van literatuur, jurisprudentie en wetgeving (law in books) ook in meer empirische zin gekeken naar het bestuursrechtelijke hoger beroep (law in action). Via interviews met sleutelpersonen binnen en buiten rechterlijke organisaties en een dossieronderzoek wordt getracht het beeld dat uit de juridische bestudering van jurisprudentie, literatuur en wetgeving naar voren komt, te complementeren of waar nodig te relativeren.

In dit onderzoek wordt een kwalitatieve benadering gevolgd, dat wil zeggen dat vooral gekeken wordt naar de vraag hoe de ervaringen met het bestuursrechtelijke hoger beroep in relatie tot de juridische eisen en bedoelingen van de wetgever kunnen worden gewaardeerd. Dat betekent dat ervan is afgezien een kwantitatieve analyse op aantallen hoger-beroepszaken, uitspraken, doorlooptijden en zeefwerkingspercentages in relatie tot het beroep in eerste aanleg te doen plaatsvinden.

Hieronder wordt weergegeven hoe het onderzoek, via de verschillende methoden, is verlopen.

a) *Literatuur- en jurisprudentie-onderzoek*

In de literatuur is onderzocht welke opvattingen de diverse auteurs hebben over de omvang van het hoger beroep en welke argumenten zij hiervoor aanvoeren. Het jurisprudentie-onderzoek heeft vooral betrekking op de gepubliceerde rechtspraak. Niet-gepubliceerde uitspraken worden primair via het dossieronderzoek in het onderzoek betrokken. Bij het vraagstuk van het al dan niet toelaten van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep (par. 4.4) zijn, teneinde een meer representatief beeld te kunnen geven van de praktijk van de ABRS, wel de nodige ongepubliceerde uitspraken in het jurisprudentie-onderzoek meegenomen. Hiertoe is overgegaan omdat de resultaten van het dossieronderzoek nogal afweken van het beeld dat uit de gepubliceerde rechtspraak naar voren kwam.

b) *Interviews*

In het kader van dit onderzoek werden interviews gehouden met sleutelpersonen die nauw betrokken zijn bij het hoger beroep in bestuursrechtelijke gedingen. In de eerste plaats zijn dat natuurlijk rechters in de appelcolleges, maar daarnaast zijn ook gesprekken gehouden met de cliënten van de appelrechtspraak, zoals rechtshulpverleners en rechters, rechtsprekend in eerste aanleg. De interviews werden gehouden door onderzoeksteams aan de hand van gestandaardiseerde

vragenlijsten die werden opgesteld na een eerste analyse van de jurisprudentie en literatuur. De vragenlijst is als bijlage 2 bij dit rapport opgenomen, alsmede de namen en de functies van de geïnterviewde personen. De vragenlijsten bestonden uit 23 hoofdvragen (met verschillende subonderdelen) die waren gebundeld aan de hand van 6 hoofdthema's: (A) functies van het hoger beroep, (B) object van geding in hoger beroep, (C) omvang van het geding in hoger beroep, (D) nieuwe gronden en argumenten, (E) uitspraak en (F) varia. Interviewsessies werden gehouden bij twee hoger-beroepscolleges, te weten de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRS) en de Centrale Raad van Beroep (CRvB), twee rechtbanken alsmede bij één 'gebruiker' van de hoger-beroepsrecht-spraak, afkomstig uit de advocatuur.

c) Dossier-onderzoek

Ten behoeve van het dossieronderzoek is een steekproef genomen uit de appèlzaken die in de jaren 1996-2000 hebben gediend bij de CRvB en ABRS. Het dossieronderzoek is in deze studie voornamelijk bedoeld om een indruk te krijgen van de wijze waarop het hoger-beroepsrecht van de Awb zich heeft ontwikkeld in aanvulling op of ter correctie van het beeld dat reeds is verkregen uit de jurisprudentie-analyse, de literatuurstudie en de interviews. In de tijd is het dossieronderzoek dan ook uitgevoerd nadat de interviews hadden plaatsgevonden en de eerste studies van literatuur en jurisprudentie waren uitgevoerd, en wel tussen september 2000 en januari 2001. Dit gaf de kans om met gerichte vragen de dossiers te lijf te gaan.

Om het dossieronderzoek succesvol uit te kunnen voeren, is een representatieve steekproef genomen. In het totaal werden 80 dossiers in het onderzoek betrokken.

- a. Bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State zijn 40 hoger-beroepsdossiers bestudeerd. Deze waren onderverdeeld naar:
- 20 Wet Ruimtelijke ordening en Woningwet c.a.-zaken, waaronder tweepartijgeschillen, maar in het bijzonder ook meerpartijgeschillen;
 - 20 overige zaken waaronder:⁶
 - Wet gehandicaptenvoorzieningen-zaken;
 - zaken op het terrein van de Wet individuele huursubsidie en andere woning en woningbouw gerelateerde subsidies;
 - APV-zaken;
 - EG-zaken (over de toepassing van EG-recht);
 - Wob-zaken (over de toepassing van de Wet openbaarheid van bestuur);
 - Monumentenwet-zaken.

- b. Bij de Centrale Raad van Beroep zijn eveneens 40 hoger-beroepsdossiers bestudeerd:

6. De onderstaande verdeling is ingegeven door een eerste indruk van het aantal zaken.

- 10 ambtenaren- en pensioenzaken (waarvan 3 militair ambtenaren- en pensioenrecht) (AW/PW-sector);
- 10 WAO- en volksverzekeringszaken;
- verder een selectie uit de volgende zaken:
 - Algemene bijstandswet (ABW/WW-sector);
 - WW-zaken (inclusief Ziektewetgevallen) (ABW/WW-sector);
 - Premie/dagloonzaken (ABW/WW-sector);
 - Wet voorzieningen gehandicapten (ABW/WW-sector).

Deze onderverdeling correspondeert met de verschillende taakgebieden die de appèlgerechten kennen en het aantal zaken op deze gebieden dat, blijkens jaarverslagen van de colleges, wordt behandeld.

Om ervoor te zorgen dat het werkelijk om een objectieve en representatieve steekproef ging, is aan de documentalist bij de appèlcolleges gevraagd om de dossiers zo a-select mogelijk te kiezen binnen de aangegeven randvoorwaarden. Daarbij heeft een spreiding plaatsgevonden over de jaren en zijn er ongeveer evenveel omvangrijke als kleine dossiers in de selectie opgenomen. Bij de Centrale Raad van Beroep is aldus een a-selecte populatie verzameld. Bij de Afdeling bestuursrechtspraak zijn de zaken deels a-select bijeengebracht, deels zijn zij echter ook geselecteerd uit een bestand 'documentatie-waardige zaken'. Daardoor is de a-selectiviteit deels verloren gegaan; de laatste dossiers leverden intussen wel naar verhouding 'rijkere' informatie op.

De dossiers zijn onderzocht op de volgende *onderzoeksvragen*:

1. Wat is het feitelijk verloop van de procedure; welke gronden/argumenten werden aangevoerd in de verschillende fasen van de procedure (bezwaarschrift-procedure; beroep bij de rechtbank; hoger beroep bij de ABRS/CRvB)?
2. Hoe wordt de toegang tot het hoger beroep gedefinieerd, wat betreft:
 - 2a. het object van het geding (beslissing op bezwaar of uitspraak Rechtbank);
 - 2b. speelt het procesbelang nog een rol?
3. Wat is de rol van appellerende partijen, wat betreft de omvang van het geding? Daarbij is onderscheiden naar:
 - 3a. het opvoeren van nieuwe gronden en argumenten (toegestaan uit een oogpunt van een goede procesorde?);
 - 3b. verweren, die op een incidenteel appèl neerkomen; en
 - 3c. de toepassing van de artikelen 6:18-6:20 Awb.
4. Welke ambtshalve activiteiten ontplooit de rechter?
 - 4a. ambtshalve toetsing (al dan niet aan gronden van openbare orde);
 - 4b. aanvullen van de rechtsgronden;
 - 4c. aanvullen van de feiten.
5. Hoe vindt de afdoening plaats in hoger beroep (terugwijzen naar de Rechtbank of zelf afdoen)?

1.4 TERMEN EN BEGRIPPEN

1.4.1 *Algemeen*

Een problematische factor voor het onderzoek is dat er in literatuur en rechtspraak geen eensgezinde opvattingen bestaan over de te gebruiken terminologie. Termen als ambtshalve toetsing en ambtshalve aanvulling van rechtsgronden worden door elkaar gebruikt. Bij de wijze waarop het geding (in appèl) wordt beperkt, maken sommigen gebruik van het begrippenpaar 'gronden' en 'argumenten', anderen vatten beide begrippen samen onder de verzamelnaam 'bezwaren' en weer anderen spreken over 'grieven'. Door deze variatie wordt de toch al complexe materie van de omvang van het geding verder gecompliceerd.

Om helder verslag te kunnen doen van de bevindingen omtrent en aanbevelingen over de omvang van het geding in appèl is duidelijkheid over en, indien mogelijk, eenduidig gebruik van de gehanteerde begrippen essentieel. Hierna wordt daarom aangegeven op welke wijze de meest relevante termen en begrippen in dit rapport zullen worden gehanteerd, althans *in die delen die voor rekening van de onderzoekers komen*. Bij de weergave van de literatuur en rechtspraak is hantering van een afwijkende terminologie soms echter onvermijdelijk, omdat de betreffende auteur of rechter dit nu eenmaal ook doet.

a. *Object of voorwerp van geding*: datgene waartegen het (hoger) beroep is gericht.

a1. In eerste aanleg is dat het bestreden besluit, of een bepaald onderdeel daarvan. Het begrip 'onderdeel' van een besluit kan in algemene zin worden gedefinieerd als een bepaald (splitsbaar) rechtsgevolg of modaliteit van het totale rechtsgevolg van een besluit. Zo kan een bouwvergunning object van geding zijn, maar ook specifieke aan de vergunning verbonden voorschriften ('onderdeel'). Of een besluit tot verstrekking van een uitkering van een bepaalde hoogte, maar ook (alleen) het 'onderdeel' de ingangsdatum. Of een besluit tot terugvordering van bepaalde gelden, dan wel alleen het 'onderdeel' betalingstermijnen. Of het object van geding beperkt is tot een specifiek onderdeel van het besluit, blijkt al dan niet expliciet uit de 'vordering'.

a2. Wat betreft het object van geding in hoger beroep, worden twee visies verdedigd. In de eerste visie is het object van geding (een bepaald onderdeel van) de uitspraak in eerste aanleg; in de tweede visie is het object van geding in appèl hetzelfde als in eerste aanleg, namelijk (een bepaald onderdeel) van het in eerste aanleg bestreden besluit. Zie paragraaf 3.2.

b. *Gronden van het (hoger) beroep*: de redenen waarom appellant het met (een onderdeel van) het bestreden besluit, dan wel – in hoger beroep – met de uitspraak in eerste aanleg over dat besluit niet eens is. In plaats van 'gronden' kan ook de term 'stellingen' worden gehanteerd. De in de literatuur ook wel gebruikte termen 'grieven' en 'bezwaren' worden hierna zo veel mogelijk vermeden om verarring te voorkomen met de term 'grieven' in het civiele proces, respectievelijk de term 'bezwaren' in de bezwaarschriftprocedure.

In de gronden geeft appellant in eigen bewoordingen de motivering aan van zijn (hoger) beroep. De gronden behoeven niet juridisch te worden ingekleed of geduid (hoewel dat natuurlijk wel mag). Voldoende is een zakelijke, feitelijke aanduiding van de redenen waarom een besluit (of de uitspraak in eerste aanleg) vernietigd moet worden. Daarom kan men ook spreken van de 'feitelijke grondslag' van het beroep. Het is vervolgens de taak van de rechter om – onafhankelijk van de opvatting van partijen ter zake, de gronden juridisch te duiden, casu quo te vertalen in 'rechtsgronden'. Een voorbeeld van een grond tegen de weigering van een bouwvergunning voor een carport is de stelling dat zulks ten onrechte is geschied, omdat het oprichten hiervan door diverse burens wel is toegestaan.

c. *Argumenten*: gronden dienen te worden geadstrueerd door argumenten. Met behulp hiervan maakt appellant aannemelijk waarom een grond naar zijn opvatting hout snijdt. Het gaat daarbij om feiten en omstandigheden die dienst doen ter staving van de gronden. Argumenten kunnen bewijsrechtelijke implicaties hebben. Waar in dit rapport wordt gesproken over 'argumenten', wordt daarmee ook bedoeld op het bewijs ter onderbouwing hiervan. In het onder b) genoemde voorbeeld kunnen als argumenten worden beschouwd de nadere aanduiding van de desbetreffende burens (met een carport), foto's ter ondersteuning van de stelling dat de burens een carport hebben, et cetera.

d. *Vordering*: het resultaat waarop het beroep (of appèl) van appellant is gericht, casu quo de rechterlijke uitspraak die door appellant wordt beoogd. Een vordering hoeft overigens niet expliciet te worden geformuleerd, maar kan ook blijken uit de (strekking van) het beroepschrift. In eerste aanleg is de vordering doorgaans de volledige vernietiging van een besluit. In het beroepschrift kan echter zijn aangegeven, casu quo uit het beroepschrift kan impliciet blijken, dat slechts gedeeltelijke vernietiging is beoogd, namelijk de vernietiging van een bepaald onderdeel. Denk daarbij aan een bepaald vergunningsvoorschrift of aan de ingangsdatum van een uitkeringsbesluit. Alsdan is het object van geding hiertoe in beginsel beperkt. In appèl is de vordering doorgaans vernietiging van de uitspraak in eerste aanleg, alsmede, indien de burger in hoger beroep is gegaan, (gedeeltelijke) vernietiging van het bestreden besluit. De vordering kan echter zijn beperkt tot een onderdeel van de uitspraak, bijvoorbeeld het al dan niet zelf voorzien, het in stand laten van de rechtsgevolgen, het al dan niet toekennen van schadevergoeding of de proceskostenveroordeling.

e. *Omvang van het geding*: dat deel van het geding waarover de rechter een oordeel moet geven, casu quo waarover de rechtsstrijd gaat. De omvang van het geding wordt in elk geval beperkt (begrensd) door het object van geding en door de vordering. Meer specifiek kan het geding derhalve zijn beperkt tot een bepaald onderdeel van het besluit, dan wel van de uitspraak in eerste aanleg. Daarnaast kunnen ingevolge artikel 8:69, eerste lid Awb de gronden van het (hoger) beroep de omvang van het geding beperken. In hoeverre daarvan sprake is, casu quo zou moeten zijn, is één van de kernvragen van het onderzoek en wordt daarom niet in deze paragraaf beantwoord. Zie daarover paragrafen 4.3 en 4.4.

In de literatuur wordt soms onderscheid gemaakt tussen de omvang van geding en de omvang van geschil. De omvang van geding wordt daarbij bepaald door het aangevallen besluit(onderdeel); de omvang van geschil betreft de door de gronden bepaalde rechtsstrijd naar aanleiding van dat besluit(onderdeel). In dit rapport wordt dit subtiële onderscheid alleen gemaakt in die onderdelen waar het verhelderend werkt, namelijk in paragraaf 4.3.

f. *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden* (art. 8:69, tweede lid Awb): de verplichting van de rechter om binnen de omvang van het geding, zoals deze onder e) is bepaald, zelfstandig het objectieve recht toe te passen. Zie verder hoofdstuk 5.

g. *Ambtshalve toetsing*: de beoordeling door de rechter van een bestreden besluit of de uitspraak in eerste aanleg buiten de omvang van geding zoals deze onder e) is bepaald. De rechterlijke plicht tot ambtshalve toetsing betreft in elk geval de zogenoemde bepalingen van openbare orde. Dit zijn rechtsnormen die niet ter vrije beschikking van partijen staan, zoals bepalingen omtrent de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van het bezwaar of beroep. Zie verder hoofdstuk 5.

h. *Partijen in appèl*: degene die hoger beroep heeft ingesteld wordt aangeduid als 'appellant (in appèl)' of 'eiser (in appèl)'. De wederpartij in appèl wordt aangeduid als 'verweerder in appèl', 'gedaagde' (CRVB-terminologie) of 'geïntimeerde' (civiele terminologie).

1.4.2 *Devolutieve werking van het appèl*

In de vorige paragraaf is één begrip nog niet gedefinieerd, namelijk de devolutieve werking van het appèl. Dit begrip wordt in de literatuur door diverse auteurs gehanteerd ter verdediging van een bepaalde omvang van geding in appèl. Problematisch is, dat de door de desbetreffende auteur gehuldige opvatting over de inhoud van het begrip mede wordt bepaald door de functie die men aan het hoger beroep toekent, casu quo door de omvang van geding die men, geleid op deze functie, wenselijk acht. Het begrip heeft daardoor in het bestuursrecht geen vaste betekenis. Niettemin kan het in dit rapport niet ontbreken. Om verwarring te voorkomen zal wel, wanneer het begrip wordt gebruikt, steeds worden aangegeven welke opvatting aan de orde is. Drie opvattingen worden daarbij onderscheiden, die van Tak, die van Schreuder-Vlasblom en die van Schlössels.

Alvorens op hun opvattingen in te gaan, wordt eerst kort aandacht besteed aan de devolutieve werking van het civiele appèl, omdat het begrip nu eenmaal aan het civiele procesrecht is ontleend. Aandachtspunt bij de bespreking is steeds het verband tussen de diverse opvattingen en de voorgestane functie van het appèl. Op deze functies wordt in paragraaf 2.2 nog uitvoerig ingegaan.

Devolutieve werking van het civiele appèl

In het civiele appèl betekent devolutieve werking 'dat door het hoger beroep van een einduitspraak in beginsel de gehele zaak zoals zij voor de eerste rechter

diende naar de hogere rechter wordt overgebracht ter beslissing door deze'.⁷ De rechtsstrijd in hoger beroep is in beginsel dezelfde als in eerste aanleg. Devolutieve werking heeft een positieve en een negatieve zijde.

- De negatieve zijde is het grievenstelsel. De appèlrechter heeft in het civiele appèl namelijk slechts te oordelen over behoorlijk in het geding gebrachte grieven tegen het vonnis van de eerste rechter. Als grieven gelden ook nieuwe weren die in eerste aanleg niet naar voren waren gebracht.
- De positieve zijde van devolutieve werking betekent dat alle stellingen die in eerste aanleg door verweerder in appèl (geïntimeerde) naar voren zijn gebracht, maar destijds buiten behandeling zijn gelaten omdat de zaak op een ander punt werd beslist, in appèl weer in geding zijn wanneer zij een door de grief van appellant aangevochten onderdeel vormen van een eindbeslissing van de eerste rechter.

Uit het voorgaande blijkt dat het civiele appèl in beginsel geen problemen heeft met het aanvoeren van nieuwe grieven in appèl. Achtergrond van deze opvatting is dat algemeen wordt aanvaard dat het civiele appèl twee belangrijke functies heeft.⁸ Behalve de controlefuncties (herstel van fouten van de eerste aanleg) is dat de herkansingsfunctie (herstel van fouten door partijen). Wil men deze laatste functie tot haar recht laten komen, dan ligt het accepteren van nieuwe grieven voor de hand.

Opvatting van Tak

De opvatting van Tak over devolutieve werking is sterk geïnspireerd door de begripsvorming in het civiele procesrecht.⁹ Volgens hem betekent (ook) in het bestuursrecht devolutieve werking van het appèl dat 'de gehele zaak wordt afgewenteld van de eerste rechter op de hogere'. Deze 'hogere' dient de zaak in volle omvang opnieuw te behandelen en heeft daarbij in grote lijnen dezelfde bevoegdheid als de lagere rechter. Uiteraard kan in het appèlschrift een beperking van het geding plaatsvinden. Voorzover partijen er echter voor kiezen om een kwestie onderwerp van appèl te doen zijn, heeft het hoger beroep 'volledig devolutieve werking'. Meer in het bijzonder geldt daarbij geen beperking tot hetgeen in eerste aanleg is aangevoerd: 'motieven, feiten of grieven ten aanzien van het object in hoger beroep kunnen als een door devolutie geheel op de appèlinstantie afgewentelde kwestie geheel origineel of in bijgestelde vorm worden aangevoerd'. Het object van hoger beroep is daarbij formeel de uitspraak van de eerste rechter, materieel de door het in eerste aanleg betwiste besluit geregelde materie, voor zover die na de uitspraak van de eerste rechter ter discussie wordt gesteld.

7. Snijders & Wendels 1999, p. 138-139 en 179; Ras 1992, p. 59 e.v.

8. Snijders & Wendels 1999, p. 5.

9. Tak 1998, p. 210. Zie ook De Bock 1999, p. 1148-1156, die de opvatting van Tak op hoofdlijnen deelt, met dien verstande dat zij anders dan Tak het appèl niet beperkt acht 'tot de door het in eerste aanleg betwiste besluit geregelde materie, voor zover die na de uitspraak van de eerste rechter nog ter discussie wordt gesteld', maar slechts een beperking tot het in eerste aanleg bestreden besluit accepteert.

Zoals gezegd, is de definitie van Tak in hoge mate geïnspireerd door de opvattingen in het civiele procesrecht. Dit geldt ook voor de belangrijkste functies die hij aan het bestuursrechtelijk appèl toekent. Evenals in het civiele proces zijn dat de controlefunctie en de herkansingsfunctie. Met het oog op de laatstgenoemde functie moet (ook) het bestuursrechtelijk appèl een 'echte replay' zijn, waarin nieuwe gronden en feiten kunnen worden aangevoerd.

Opvatting van Schreuder-Vlasblom

Volgens deze auteur betekent devolutieve werking van het appèl 'dat de appèl-rechter, indien hem blijkt van procedurele fouten, een onjuiste of onvolledige beoordeling of gebrekkige afdoening van het geschil (in eerste aanleg), met herstel van de fouten, aanvulling en correctie van de beoordeling, rechtsoverwegingen en de aanwending van de afdoeningsbevoegdheden (...), de zaak zelf afdoet'.¹⁰ De devolutieve werking van het appèl manifesteert zich derhalve pas wanneer de rechtbank fouten heeft begaan. Pas dan wordt de zaak afgewenteld op de appèlrechter, die vervolgens doet wat de eerste instantie had moeten doen. Daarbij geldt de positieve zijde van de devolutieve werking: de in primo aangevoerde gronden, waaraan de rechtbank door een foute beslissing niet toekwam, zijn na afwijzing van die beslissing in appèl vanzelf weer aan de orde.¹¹ Bovendien wordt de omvang van het geding in het bestuursrechtelijke appèl – in lijn met de negatieve zijde van de devolutieve werking in het civiele appèl – beperkt door de gronden die de aanlegger van het appèl heeft aangevoerd.

In deze opvatting bestaat beperkte ruimte voor het aanvoeren van nieuwe gronden en bewijs in appèl. De rechtbank kon hiermee immers ook geen rekening houden. Het aanvoeren van geheel nieuwe gronden vergt daarom een bijzondere rechtvaardigingsgrond. Een in primo geopende discussie kan in appèl wel met aanvullende gegevens en argumenten worden voortgezet. Niet aanvaardbaar is echter dat een partij ter adstructie van eerder aangevoerde gronden in appèl met gegevens komt waarom de rechtbank reeds correct maar tevergeefs vroeg, of waaromtrent zij terecht heeft geoordeeld dat ze verwijtbaar tardief werden overgelegd. Zie uitgebreider hoofdstuk 4.

De opvatting van Schreuder-Vlasblom omtrent devolutieve werking hangt nauw samen met haar opvatting over de functies van appèl. Volgens haar kan de herkansingsfunctie in het bestuursrechtelijk hoger beroep niet volledig worden gerealiseerd, maar moet het belang van partijen bij deze functie worden afgewogen tegen het belang van de andere functies van hoger beroep (bevorderen rechts-eenheid, controle), alsmede tegen overwegingen van proceseconomie en afdoening van procedures binnen de redelijke termijn.

10. Schreuder-Vlasblom 1998a, p. 117 e.v., alsmede 1998b p. 212-213. Zie ook Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 272.

11. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 275.

De opvatting van deze auteur komt in zoverre met die van Schreuder-Vlasblom overeen, dat ook hij voorstander is van een beperking van het aanvoeren van nieuwe gronden in appèl.¹² De omvang van het geding in eerste aanleg markeert in beginsel de buitengrens van het geding in appèl. Binnen deze grens kunnen bij hoger-beroepschrift appèlgronden worden geproduceerd. Nieuwe gronden die redelijkerwijs eerder hadden kunnen worden ingebracht, zijn niet toelaatbaar. Anders dan Schreuder-Vlasblom acht deze auteur het produceren van bewijstech-nische argumenten (bijvoorbeeld nieuwe onderzoeksgegevens) tot het sluiten van het onderzoek in appèl zonder meer toelaatbaar, mits hoor en wederhoor is verze-kerd.

Ook wat betreft de negatieve zijde van de devolutieve werking van het bestuurs-rechtelijke appèl, wijkt Schlössels af van Schreuder-Vlasblom. Acht laatstge-noemde de omvang van het appèl in beginsel beperkt door de appèlgronden van appellant, Schlössels is van mening dat alleen een beperking voortvloeit uit het feit dat slechts een deel van het besluit en het oordeel van de rechter daarover in appèl wordt aangevochten. Met andere woorden: niet de gronden zijn bepalend voor de omvang, maar de door die gronden 'geopende' onderdelen van het besluit. Volgens hem staat een besluit(onderdeel) dat in eerste aanleg ter discus-sie heeft gestaan, ook in appèl ter discussie zodra daartegen beroep wordt inge-steld. De gronden die in eerste aanleg ter beoordeling van de rechter stonden, die-nen – voorzover (impliciet) verworpen – in hoger beroep opnieuw of alsnog te worden beoordeeld indien partijen daarbij belang hebben. Hierdoor moet de appèlrechter gronden beoordelen die in eerste aanleg door een gedaagde in appèl (niet zijnde appellant) werden aangevoerd, maar die niet tot vernietiging hebben geleid.

De opvatting van Schlössels hangt samen met de door hem voorgestane functie van appèl. Primair is dat controle van de uitspraak in eerste aanleg. Voor de her-kansingsfunctie is zijn inziens minder ruimte en zal een afweging moeten plaats-vinden aan de hand van de beginselen van goede procesorde. Daarbij moeten de belangen van derden en het hoor en wederhoor worden gewaarborgd.

Conclusie

Het voorgaande laat eigenlijk maar één conclusie toe: zolang er nog onduidelijk-heid bestaat over wat als de belangrijkste functie(s) van het bestuursrechtelijke appèl moet(en) worden beschouwd en er tevens onduidelijkheid is over de omvang van de rechterlijke beoordeling in hoger beroep, kan het begrip 'devolu-tieve werking' geen vaste betekenis hebben.

12. Schlössels 1999, p. 21-24.

1.5 BEPERKINGEN VAN HET ONDERZOEK

De belangrijkste beperkingen van het onderzoek vloeien voort uit de problemen en vraagstelling van het onderzoek, zoals die naar aanleiding van de offerte-aanvraag in paragraaf 1.2 nader zijn uitgewerkt. De kwaliteitsvraag wordt derhalve primair gerelateerd aan de opvattingen van de appèlrechters omtrent de omvang van het geding (in appèl). Hieruit blijkt ook de mening van deze rechters over het karakter en de functies van appèl. Daarnaast wordt in relatie hiermee een aantal meer specifieke knelpunten bij het functioneren van het hoger beroep in kaart gebracht, zoals de werking van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb in appèl, het procesbelang en het incidenteel appèl. Andere aspecten die van belang zouden kunnen zijn voor het oordeel over kwaliteit – zoals doorlooptijden, de vraag of concrete geschillen worden afgedaan binnen redelijke termijn, de zeefwerking van de eerste aanleg, de opvatting van de 'gewone' burger over de appèlrechtspraak, de mate waarin tussen de appèlrechters rechtseenheid wordt bereikt ten aanzien van begrippen en leerstukken die niet direct samenhangen met de omvang van het geding et cetera – blijven buiten beschouwing.

Een tweede beperking van het onderzoek is dat alleen de appèlpraktijk van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep in het onderzoek is betrokken. De twee andere colleges die (inmiddels) met hoger beroep in bestuursrechtelijke aangelegenheden zijn belast – het College van Beroep voor het bedrijfsleven op grond van diverse sociaal-economische wetten en het Gerechtshof te Leeuwarden in Lex Mulder-zaken – zijn buiten beschouwing gebleven omdat deze gedurende de onderzoeksperiode nog geen uitspraken in appèl hadden gedaan. Ook de cassatierechtspraak van de Hoge Raad in belastingzaken is buiten beschouwing gebleven, aangezien dit geen vorm van appèl is. Verder wordt geen aandacht besteed aan de rechtspraak van de ABRS en CRvB als rechter in eerste en hoogste instantie. Evenmin is het op 1 april 2001 geïntroduceerde grievenstelsel in de Vreemdelingenwet 2000 in het onderzoek betrokken.

Ten slotte vindt men in dit rapport geen beschouwingen over de wenselijkheid of noodzaak van hoger beroep in (alle) bestuursrechtelijke geschillen. Deze kwestie staat centraal in 'Keuzen voor de bestuursrechtspraak, Discussienota over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie'.¹³ In deze nota wordt *onder meer* aandacht besteed aan de vraag of uit het internationale recht, meer in het bijzonder artikel 14, vijfde lid IVBPR, een recht op twee feitelijke instanties in sommige bestuursrechtelijke geschillen kan worden afgeleid, namelijk in die geschillen waarin een punitieve boete ter beoordeling staat. De beantwoording van de vraag wordt toegespitst op de zwaardere bestuurlijke boeten in het belastingrecht omdat daarvoor een tweede feitelijke instantie ontbreekt en wordt genuanceerd beantwoord. Uiteindelijk concludeert de nota echter dat invoering van een vorm van hoger beroep iedere twijfel over de verenigbaarheid van het stelsel van fiscale rechtsbescherming met het IVBPR zou wegnemen. Voor het onderhavige onderzoek zijn deze overwegingen niet van zeer groot belang en wel om

13. Kamerstukken II 2000-2001, 26 352, nr. 47.

de volgende redenen. Bij de bestuurlijke boeten in het domein van de ABRS en CRVB is (vrijwel) altijd sprake van rechtspraak in twee feitelijke instanties. Blijkens de rechtspraak wordt de omvang van het hoger beroep in deze zaken niet beperkt.¹⁴ Aan artikel 14, vijfde lid IVBPR wordt dan ook zonder meer voldaan. In dit onderzoek blijft deze bepaling daarom verder buiten beschouwing.

1.6 OPZET VAN EN HOOFDSTUKKEN IN DIT RAPPORT

De opzet van het rapport sluit nauw aan bij de probleem- en doelstelling van het onderzoek zoals deze in paragraaf 1.2 nader zijn uitgewerkt.

In *hoofdstuk 2* wordt het begrip kwaliteit voor het onderhavige onderzoek nader geoperationaliseerd aan de hand van de invalshoeken functies van het appèl, het internationale recht, de beginselen van behoorlijk procesrecht en de karakteristieken van het bestuursprocesrecht van *hoofdstuk 8 Awb*.

De *hoofdstukken 3* tot en met *6* bevatten de resultaten van het juridisch-empirische onderzoek naar de omvang van het geding in appèl in ruime zin. In *hoofdstuk 3* komen deze kwesties aan de orde voor wat betreft de toegang tot de appèlrechters, waarbij aandacht wordt besteed aan het object van geding in appèl, alsmede aan de kwestie van het procesbelang. In *hoofdstuk 4* staat de invloed van partijen op de omvang van het geding in appèl centraal. In dit kader wordt ingegaan op de 'trechterwerking' van het bestuursproces vanaf de fase van bezwaar, via de eerste aanleg naar het appèl, op de mogelijkheid die geïntimeerde heeft om in appèl eigen 'bezwaren' in te brengen, op de problematiek van de goede procesorde en op de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 *Awb* in appèl. *Hoofdstuk 5* bespreekt de ambtshalve activiteiten van de (appèl)rechters, waarbij zowel aandacht wordt besteed aan het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, de ambtshalve toetsing en het ambtshalve aanvullen van feiten. In *hoofdstuk 6* wordt ten slotte ingegaan op de afdoening in appèl, alsmede op de motivering van de uitspraken door de appèlrechters. De verslaglegging in deze hoofdstukken wordt, tenzij anders aangegeven, steeds verricht volgens een vast format dat nauw aansluit bij de gehanteerde onderzoeksmethoden. Eerst wordt verslag gedaan van het jurisprudentie-onderzoek, daarna van het literatuuronderzoek, vervolgens van het dossieronderzoek en ten slotte van de interviews.

In *hoofdstuk 7* worden de resultaten van het juridisch-empirisch onderzoek uit de hoofdstukken 3 tot en met 6 geconfronteerd met de kwaliteitscriteria van hoofdstuk 2. Dit leidt tot een beoordeling van de aangetroffen praktijk, alsmede tot een aantal aanbevelingen voor de toekomst.

14. Zie bijv. ABRS 15 april 1999, RAwb 1999/146 (bewijslast voor de rechtsfeiten die een overtreding constitueren ligt volledig bij het bestuursorgaan) en CRVB 1 maart 2000, JB 2000/107 (overtreder profiteert van wettelijke verlagingen van de strafmaat hangende het (hoger) beroep).

2 Normatieve eisen aan het hoger beroep

2.1 INLEIDING

De kernvraag van het onderzoek is in hoeverre het stelsel van rechtspraak in twee instanties heeft bijgedragen aan de kwaliteit van de bestuursrechtspraak. Het gaat daarbij om kwaliteit in juridische zin; aspecten van total quality blijven buiten beschouwing.¹ Zoals in hoofdstuk 1 is aangegeven, is de kwaliteitsvraag in deze zin nauw verbonden met de – uit de rechtspraak blikkende – opvattingen, van de appèlrechters over de omvang van het geding in het bestuursrechtelijke appèl. Hieruit blijkt immers de mening van de appèlrechters over het karakter en de functie van het appèl.

In dit hoofdstuk wordt het begrip kwaliteit voor het onderhavige onderzoek nader geoperationaliseerd. Deze operationalisering geschiedt met het oog op de beoordeling van de diverse aspecten die kunnen worden onderscheiden aan de problematiek van de omvang van het geding en die in dit rapport nader zullen worden besproken: object van geding in appèl; de invloed van partijen op de omvang van het geding (inclusief de problematiek van het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten in appèl); de ambtshalve activiteiten van de rechter; de afdoening en motivering in appèl.

Bij de zoektocht naar kwaliteitscriteria worden vier invalshoeken gehanteerd:

a. *Functies van hoger beroep*: essentieel voor de kwaliteitscriteria voor het hoger beroep is uiteraard welke functie van hoger beroep men centraal stelt. Het vooropstellen van de herkansingsfunctie voor partijen zal immers leiden tot andere kwaliteitscriteria dan het voorop stellen van bijvoorbeeld de rechtseenheidsfunctie. In paragraaf 2.2 wordt aan de hand van de parlementaire geschiedenis, literatuur en interviews op deze kwestie ingegaan.

b. *Eisen van internationaal recht in constitutioneel perspectief*: in beginsel van groot belang voor de te ontwikkelen kwaliteitscriteria zijn de eisen die het internationale recht stelt op het punt van de omvang van het geding in hoger beroep. In dit verband wordt aandacht besteed aan het EG-recht en het EVRM, alsmede aan de nationaal constitutionele inbedding van het internationale recht in de Nederlandse rechtsorde, meer in het bijzonder artikel 94 Grondwet. In paragraaf 2.3 wordt op een deel van deze eisen ingegaan, namelijk voorzover zij direct te maken hebben met het vraagstuk van de omvang van het geding. Bekeken wordt in hoeverre uit artikel 94 Grondwet, het EG-recht en het EVRM de verplichting zou voortvloeien tot ambtshalve toepassing van enerzijds aan het internationale recht

1. Vgl. hierover Ten Berge 1998, p. 21-40.

ontleende rechten, en anderzijds aan nationale bepalingen van dwingend recht. Daarnaast wordt aandacht besteed aan eisen die voortvloeien uit de – in artikel 6 EVRM geïmpliceerde – eis van *full jurisdiction*.

c. *Beginnelsen van behoorlijk procesrecht*: voor procesrecht in het algemeen en dus ook voor het bestuursprocesrecht in hoger beroep, geldt een aantal algemene beginselen van behoorlijkheid. Deze zijn deels gepositieerd in artikel 6 EVRM, maar ook onafhankelijk daarvan wordt de normatieve waarde ervan in een rechtsstaat als Nederland erkend. In paragraaf 2.4 worden de belangrijkste beginselen voor de problematiek van de omvang van het geding in hoger beroep op een rij gezet. Meer in het bijzonder gaat het om het beginsel van een eerlijk proces (verdedigingsbeginsel, *fair trial*), de beginselen van redelijke termijn en finaliteit en het beginsel van een goede procesorde.²

d. *Karakteristieken van het bestuursproces*: de wetgever heeft bij het vaststellen van het bestuursprocesrecht van de Awb een aantal karakteristieken van het bestuursproces geformuleerd. Voorzover deze van belang zijn voor de problematiek van de omvang van het geding in hoger beroep, wordt daarop in paragraaf 2.5 ingegaan. Meer in het bijzonder gaat het om de rechtsbeschermingsfunctie als primaire doelstelling van het bestuursproces en om een aantal min of meer 'sociale' karakteristieken van het bestuursproces, zoals de actieve houding van de bestuursrechter (inclusief het uitgangspunt van de ongelijkheidscompensatie) en de laagdrempeligheid van de bestuursrechtspraak.

In het vervolg van dit hoofdstuk wordt vanuit deze vier invalshoeken gezocht naar criteria die van belang zijn voor de kwaliteitsvraag. In een enkel geval, met name wanneer het internationaal recht daartoe dwingt, zal het daarbij gaan om harde, normatieve criteria. Lang niet altijd is dat echter mogelijk. Daarbij is van belang dat diverse criteria niet keihard zijn. Bovendien wijzen de criteria lang niet altijd in dezelfde richting; soms staan ze zelfs op gespannen voet met elkaar.

2.2 FUNCTIES VAN HET HOGER BEROEP

2.2.1 Algemeen

In het algemeen worden drie functies toegekend aan het hoger beroep, namelijk a) de herkansingsfunctie voor partijen, b) de controlefunctie in de richting van de rechter in eerste aanleg, en c) de functie van het bewaken van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Deze drie functies kunnen overigens niet altijd strikt worden onderscheiden. Zo kan functie b) – het controleren van de kwaliteit van de rechtspraak in eerste aanleg – uiteraard leiden tot een herkansing voor partijen en draagt deze functie derhalve mede bij aan de effectuering van functie a).

2. Wat betreft de eisen van artikel 6 EVRM, wordt derhalve geen aandacht besteed aan de openbaarheidseisen en aan de institutionele eisen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Eventuele consequenties van de Procola-rechtspraak van het EHRM komen derhalve niet aan de orde.

Bovendien is de controlefunctie van belang voor het bevorderen van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling (functie c). Niettemin is het zinnig om een onderscheid te maken tussen de diverse functies, omdat het voor de beoordeling van de wijze waarop beide appèlrechters hun taak als hoger-beroepsrechter invullen – en daarmee voor de beantwoording van de kwaliteitsvraag – nogal wat uitmaakt welke functie men vooropstelt. Bij de bespreking van de diverse functies worden deze criteria op een rij gezet. Daarbij wordt uitgegaan van de ideaaltypische invulling van de onderscheiden functies.

a. Herkansingsfunctie: ziet men de herkansingsfunctie als de primaire functie van het hoger beroep, dan staat voorop dat aan partijen een nieuwe kans wordt gegeven om een rechter te overtuigen van de onrechtmatigheid van het in eerste aanleg bestreden besluit. Het hoger beroep is formeel gericht tegen de bestreden uitspraak van de rechter in eerste aanleg, maar centraal staat de vraag of het in eerste aanleg bestreden besluit al dan niet rechtmatig is.

Essentieel voor de herkansingsfunctie is dat in hoger beroep misslagen van partijen in de procedure voor de rechter in eerste aanleg kunnen worden hersteld. Daarom moet het in ruime mate mogelijk zijn om nieuwe gronden en argumenten voor het eerst in hoger beroep in te brengen. Mede met het oog hierop kan nader feitenonderzoek noodzakelijk zijn.

Vanuit de herkansingsfunctie worden aan de ambtshalve activiteiten van de appèlrechter, zowel op het punt van het aanvullen van rechtsgronden als van feiten, dezelfde eisen gesteld als aan de rechter in eerste aanleg. Binnen het door partijen begrensde geschil vult de appèlrechter ambtshalve de rechtsgronden aan en kan hij de feiten aanvullen.

Wat betreft de motivering, wordt vanuit de herkansingsfunctie in elk geval de eis gesteld, dat zij op de bezwaren van partijen is toegespitst. Duidelijk moet voor hen zijn waarom hun herkansingsverzoek al dan niet succes heeft.

b. Controlefunctie: ziet men als primaire functie van hoger beroep het scheppen van de mogelijkheid van controle op het werk van de rechter in eerste aanleg teneinde fouten van deze rechter te kunnen herstellen, dan is het object van het hoger beroep niet het in eerste aanleg bestreden besluit, maar de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Centraal staat de vraag of deze uitspraak, gelet op de omvang van het geschil in eerste aanleg, door de beugel kan.

Bij de controlefunctie hebben partijen slechts een beperkte mogelijkheid om voor het eerst in hoger beroep nieuwe gronden en argumenten aan te voeren, namelijk alleen voorzover er een rechtvaardigingsgrond bestond waarom deze niet eerder in de procedure waren ingebracht. Wat betreft rechtvaardigingsgronden, valt bijvoorbeeld te denken aan nieuwe ontwikkelingen of aan het feit dat gegevens pas later bekend zijn geworden. Nader (ambtshalve) feitenonderzoek in hoger beroep zal zich hoofdzakelijk hiertoe kunnen beperken. Daarnaast kan nader feitenonderzoek noodzakelijk zijn om een oordeel te kunnen geven over de wijze waarop in eerste aanleg bepaalde gronden of argumenten zijn beoordeeld.

De overige ambtshalve activiteiten van de appèlrechter kunnen bij de controlefunctie worden beperkt tot enerzijds het ambtshalve aanvullen van rechtsgron-

den die ten onrechte niet door de rechter in eerste aanleg zijn aangevuld, en anderzijds het ambtshalve toetsen aan bepalingen van openbare orde.

Uit de motivering moet duidelijk blijken waarom de uitspraak van de rechter in eerste aanleg al dan niet door de beugel kan.

c. Rechtseenheidsfunctie: ziet men bewaking van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling als primaire functie van het hoger beroep, dan is – evenals bij de controlefunctie – het object van hoger beroep de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Daarbij wordt vrijwel uitsluitend beoordeeld of deze rechter de voor het geschil relevante rechtsvragen correct heeft beantwoord. Voor de feiten wordt in beginsel, tenzij er sprake is van evidente misslagen, uitgegaan van de uitspraak van rechter in eerste aanleg.

Bij de rechtseenheidsfunctie is de mogelijkheid voor partijen om voor het eerst in hoger beroep nieuwe gronden aan te voeren in hoge mate beperkt, namelijk tot rechtsgronden die ten onrechte door de rechter in eerste aanleg niet (ambtshalve) in de beoordeling zijn betrokken. De ambtshalve activiteiten zijn beperkt tot het aanvullen van deze rechtsgronden, de ambtshalve toetsing aan bepalingen van openbare orde.

De motivering van de appèluitspraak moet in de rechtseenheidsfunctie zoveel mogelijk in algemene termen zijn gesteld. Zij dient immers richtinggevend te zijn voor andere zaken en bij te dragen aan de rechtsontwikkeling.

Zoals bekend, staan in het civiele en strafrechtelijke hoger beroep de herkansingsfunctie en de controlefunctie voorop.³ De derde functie – het bevorderen van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling – is minder belangrijk omdat daartoe primair het cassatieberoep bij de Hoge Raad dient.

Hierna wordt bekeken welke functie(s) in bestuursrechtelijke appèl domineert/domineren. Daartoe wordt eerst de opvatting van de wetgever in kaart gebracht (par. 2.2.2). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de literatuur (par. 2.2.3) en de interviews (par. 2.2.4).

2.2.2 De opvatting van de wetgever

Volgens de wetgever ten tijde van de invoering van het bestuursrechtelijk hoger beroep waren de *herkansingsfunctie* en de *controlefunctie* de belangrijkste functies van het hoger beroep. In de parlementaire stukken kan men meermalen lezen, dat de invoering van het hoger beroep zal leiden tot verhoging van de kwaliteit van de rechtspraak, omdat de mogelijkheid van controle op het werk van de rechter in eerste aanleg wordt gecreëerd en partijen de mogelijkheid wordt geboden om misslagen te herstellen. Het volgende citaat is op dit punt illustratief en kan met andere woorden aangevuld.⁴

3. Snijders & Wendels 1999, p. 5.

4. Wetsvoorstel voltooiing eerste fase herziening rechterlijke organisatie, Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, nr. 3 (MvT), p. 24. Zie voor een vergelijkbaar citaat, MvA II, pg Awb, p. 195.

'Aan de invoering van rechtspraak in twee instanties liggen twee hoofdoverwegingen ten grondslag. In de eerste plaats wordt daarmee een voor onze rechterlijke organisatie geldende hoofdregel gevolgd, dat de mogelijkheid dient te bestaan om een in eerste aanleg gegeven rechterlijk oordeel in volle omvang in hoger beroep te laten toetsen. De algemene motieven die daaraan ten grondslag liggen, zijn het bevorderen van de kwaliteit van de rechtspraak en de mogelijkheid van het herstellen van fouten (naast de mogelijkheid van controle op het werk van de rechter in eerste aanleg ook de mogelijkheid van herstel van misslagen van partijen), het versterken van het vertrouwen van de burger in de rechtspraak en het tot stand brengen van een geografische spreiding van de rechtspraak in eerste aanleg. De tweede hoofdoverweging is gelegen in de noodzaak de structureel hoge werkbelasting van (...) de Raad van State (...) te verminderen.'

Uit dit citaat – en ook uit andere delen van de memorie van toelichting⁵ – blijkt bovendien dat het hoger beroep volgens de wetgever de mogelijkheid biedt de zaak *in volle omvang* opnieuw door de rechter te laten behandelen. Dit uitgangspunt past goed bij de *herkansingsfunctie*. Dit geldt evenzeer voor de stellingname dat 'het hoger beroep weliswaar is gericht tegen de bestreden uitspraak van de rechtbank, maar ook in hoger beroep staat de vraag centraal of het in eerste aanleg bestreden besluit al dan niet rechtmatig is'.⁶ Wat betreft de omvang van het geding, is in hoger beroep artikel 8:69 Awb van overeenkomstige toepassing verklaard:⁷ de appèlrechter moet derhalve uitspraak doen 'op grondslag van het hoger-beroepsschrift, de in hoger beroep overlegde stukken (waaronder het in eerste aanleg gevormde procesdossier met de bestreden uitspraak), het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting in hoger beroep'. Daarmee wordt 'de omvang van het geschil ook in hoger beroep bepaald door partijen. Binnen het aldus begrensde geschil vult de appèlrechter ambtshalve de rechtsgronden aan en kan hij de feiten aanvullen.' Daarbuiten kan hij ambtshalve toetsen aan bepalingen van openbare orde.

Interessant voor de omvang van het hoger beroep in bestuurszaken – en de daaruit blijkende door de wetgever voorgestane functie hiervan – zijn ten slotte enige opmerkingen in de memorie van antwoord, die mede een reactie vormen op de in de Tweede Kamer bestaande vrees dat de totale procedure te veel tijd in beslag zou nemen. Daarbij werd van sommige zijden de suggestie gedaan om – analoog aan de belastingrechtspraak – de tweede instantie een cassatierechter (de Hoge Raad) te laten zijn. De minister reageert als volgt:⁸

'De tweede instantie moet in onze visie een feitelijke instantie zijn. Mede in verband met de verwevenheid van feiten en recht is het uit de optiek van de rechtsbescherming en uit een oogpunt van doelmatige en effectieve rechtspraak wenselijk dat de administratieve rechter in tweede instantie zo nodig onderzoek kan doen naar de feiten.'

5. Bijv. Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, nr. 3, p. 173.

6. Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, nr. 3, p. 173.

7. Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, nr. 3, p. 173.

8. MVA II, PG Awb II, p. 195-196.

Ter relativering voegt hij hieraan wel toe, dat een feitenonderzoek lang niet altijd nodig zal zijn: 'Wanneer tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep wordt ingesteld (...), krijgt de appèlrechter een zaak voorgelegd waarin de relevante feiten doorgaans vaststaan. Dan kan de afdoening in hoger beroep sober blijven, zodat ook de appèlrechtspraak snel beschikbaar kan zijn.'

Ook deze overwegingen passen vooral goed bij de *herkansingsfunctie*, zij het dat wel een zekere beperking van het feitenonderzoek ('sobere afdoening') in hoger beroep wordt voorgestaan. In elk geval moet het hoger beroep in bestuurszaken volgens de wetgever niet het karakter van cassatierechtspraak hebben.

Opvallend is dat tijdens de parlementaire behandeling de rechtseenheidsfunctie op geen enkel moment genoemd wordt als belangrijke functie van het bestuursrechtelijk hoger beroep. Toch mag hieruit ons inziens niet de conclusie worden getrokken, dat *bewaking van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling* – in de ogen van de wetgever – geen relevante functie van het hoger beroep is, en wel om de volgende reden.

Ten tijde van de hiervoor weergegeven discussies en opmerkingen voorzag het wetsvoorstel in een institutionele voorziening voor de bewaking van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling, de zogenoemde rechtseenheidsvoorziening. Op grond hiervan moesten de administratieve rechters in hoogste ressort rechtsvragen waarover uiteenlopende rechtspraak van verschillende rechters in hoogste instantie mogelijk is, in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling, in een prejudiciële procedure voorleggen aan de Hoge Raad.⁹ Tijdens de parlementaire behandeling werd het belang van rechtseenheid een en andermaal benadrukt. Het bewaken hiervan werd zelfs aangemerkt als een van de doelstellingen van de nieuwe structuur van de rechterlijke organisatie.¹⁰ Dit geschiedde echter steeds in relatie tot de, hiervoor genoemde, institutionele rechtseenheidsvoorziening.

Uiteindelijk heeft deze voorziening het Staatsblad niet bereikt. Men ging er echter op dat moment nog wel van uit dat binnen afzienbare tijd de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie gerealiseerd zou worden.¹¹ In dat kader zou ook het vraagstuk van de rechtseenheid worden opgelost. Daarbij werd onder meer gedacht aan de optie dat de gerechtshoven zouden worden belast met de appèlrechtspraak in bestuurszaken, waarna de Hoge Raad als cassatierechter zou zorgen voor de rechtseenheid binnen het bestuursrecht en tussen het bestuurs-, straf- en civiele recht. Uiteindelijk is deze derde fase op de lange baan geschoven. Voorlopig heeft de bestuursrechtspraak te maken met drie appèlrechters.

Gegeven het belang dat door de wetgever werd gehecht aan rechtseenheid en het feit dat een institutionele voorziening om deze te bereiken thans ontbreekt, zal de rechtseenheid op een andere wijze moeten worden bereikt. Het ligt voor de hand dat de appèlrechters daarbij een bijzondere taak hebben. Eerst en vooral gaat het

9. Zie de – volgens Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, nr. 1-2 – in de Wet op de rechterlijke organisatie in te voegen art. 107a tot en met 107j.

10. Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, p. 10, alsmede p. 55 e.v.

11. Kamerstukken II 1992-1993, 22 495, nrs. 10 en 12.

daarbij om de rechtseenheid binnen het terrein dat binnen de rechtsmacht van de desbetreffende appèlrechter valt. Daarnaast kan door middel van rechterlijk overleg, vrijwillige afstemming van jurisprudentie en personele unie's de rechtseenheid binnen het bestuursrecht als geheel worden bevorderd.

Al met al lijkt het op grond van het voorafgaande verdedigbaar om ook de rechtseenheidsfunctie als een belangrijke functie van het hoger beroep in bestuurszaken aan te merken. Had de rechtseenheidsvoorziening niet in het wetsvoorstel gestaan, dan zou dit waarschijnlijk ook door de wetgever tijdens de parlementaire behandeling met zoveel woorden zijn erkend.

2.2.3 *Opvattingen in de literatuur*

In de literatuur is flink gedebatteerd over de vraag wat de primaire functie van het bestuursrechtelijke appèl zou moeten zijn. Daarbij wordt alom erkend dat er een verband is tussen de wijze waarop de omvang van het geding in hoger beroep wordt beperkt en de functie die men hieraan (primaïr) toekent. Drie opvattingen worden grosso modo verdedigd.

Volgens diverse auteurs is de herkansingsfunctie de primaire functie van het hoger beroep.¹² Het belang van andere functies (controle, rechtseenheid), alsmede van zaken als proceseconomie en redelijke termijn wordt soms wel erkend. Het mag echter, volgens deze opvattingen, niet zo zijn dat de mogelijkheid van herkansing hierdoor op enigerlei wijze wordt beperkt.

De tweede opvatting is die van Schlössels.¹³ Hij stelt evenals de hiervoor benoemde auteurs de herkansingsfunctie voorop. Deze functie moet echter worden afgewogen tegenover andere functies (controle, rechtseenheid) en zaken als redelijke termijn en proces economie hetgeen kan leiden tot een beperking van de herkansingsfunctie. Deze beperking mag echter niet zo ver gaan dat er feitelijk van deze functie nog maar weinig overblijft.

Ten slotte is er de opvatting van Schreuder-Vlasblom.¹⁴ Zij meent dat controle van de rechter in eerste aanleg met oog op de kwaliteit van de rechtspraak en het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling even belangrijke functies zijn als de herkansingsfunctie. De twee eerstgenoemde functies, alsook overwegingen van proceseconomie en redelijke termijn, beperken in haar visie de herkansingsfunctie op twee wijzen:

- a) vanwege controlefunctie is de uitspraak van de rechtbank het object van geding in hoger beroep en is er beperkte ruimte voor herkansing in die zin dat in appèl niet zonder meer nieuwe bezwaren kunnen worden ingebracht;
- b) vanwege de rechtseenheidsfunctie, die voor het bestuursrechtelijk appèl van groot belang is vanwege het ontbreken van een rechtseenheidsvoorziening, moet het aantal hoger-beroepszaken niet te groot zijn. De herkansingsfunctie moet worden beperkt omdat anders te veel hoger beroepen worden uitgelokt.

12. Tak 1998; zie eerder: Ten Berge & Tak, p. 203 alsook Ten Berge 1999, p. 237-239; Stroink 2000, p. 28 en De Bock 1999.

13. Schlössels 1999, p. 19-21.

14. Schreuder-Vlasblom 1998a, p. 118 en 1999b, p. 784, alsmede p. 793-795.

2.2.4 *Opvattingen tijdens de interviews*

In de interviews met de beide appèlrechters wordt erkend dat het bestuursrechtelijk appèl de drie hiervoor onderscheiden functies kan hebben. De respondenten van de zijde van de Afdeling bestuursrechtspraak leggen daarbij nadruk op de kwaliteitsverbeterende impuls van het bestuursrechtelijke hoger beroep. Doordat gericht gronden tegen een uitspraak in eerste aanleg worden aangevoerd, wordt deze uitspraak juist op die punten nog eens door een andere instantie tegen het licht gehouden. Ofschoon hier primair de controlefunctie in het geding is, wijzen deze respondenten erop dat deze praktijk naar hun mening in het bijzonder ook bevorderlijk is voor de rechtseenheid en rechtsontwikkeling.

Voor de respondenten van de zijde van de Centrale Raad van Beroep staat de herkansingsfunctie voorop. Dit is de belangrijkste functie voor de Centrale Raad. Dit neemt overigens niet weg dat ook belang wordt gehecht aan de andere twee functies. Al jarenlang neemt de Centrale Raad een belangrijke positie in op het gebied van rechtsontwikkeling en rechtseenheid en geeft hij sturing aan en corrigeert rechtbanken en bestuursorganen.

De verschillende functies van het hoger beroep worden overigens door veel respondenten (ook die van de Afdeling en de Centrale Raad) niet zeer scherp onderscheiden. De respondenten wijzen erop dat de verschillende functies elkaar niet uitsluiten. Het gaat steeds om het leggen van accenten. Hierbij valt het op dat de aard van het rechtsgebied waarop respondenten actief zijn, mede van invloed is op het ordenen van de verschillende functies.

Verder maakt het voor het belang dat wordt gehecht aan een van de functies voor de meeste respondenten niet direct uit of het gaat om tweepartijengeschillen enerzijds en drie- of meerpartijengeschillen anderzijds. Wél merken sommigen op dat de hoger-beroepsrechter in twee-partijengeschillen flexibeler kan omgaan met zijn bevoegdheden en dus ook wat meer ruimte heeft voor het verwezenlijken van de herkansfunctie van het hoger beroep.

Opmerkelijk is dat slechts volgens een minderheid van alle respondenten herkansing de belangrijkste functie is. Deze groep brengt hun voorkeur in verband met het bieden van rechtsbescherming, een basisfunctie van het bestuursrechtelijke (hoger) beroep. Het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling wordt, ofschoon heel belangrijk, in dat verband gezien als een afgeleide functie. Door bepaalde respondenten wordt er in dit kader op gewezen dat recht doen in een concrete zaak en het 'veralgemensen' van een rechtsregel met een overweging ten overvloede dan wel een 'in beginsel'-overweging goed samen kunnen gaan.

Voor een meerderheid van de respondenten komt de herkansingsfunctie voor partijen echter op de derde plaats. Gesteld wordt dat deze functie wordt verwezenlijkt binnen de tweede functie, te weten de controle van de rechter in eerste aanleg. Volledige herkansing is geen functie van hoger beroep, maar dient plaats te vinden binnen de bezwarenprocedure en de procedure bij de rechtbank. De controle op de rechter in eerste aanleg wordt dan ook in het algemeen gezien als

de tweede functie. Ten aanzien van deze functie wordt door een groep van respondenten expliciet opgemerkt dat de hantering van het hoger beroep, louter met het oogmerk om de eerste aanleg te controleren, niet veel voorkomt. De controlefunctie gaat meestal samen met de herkansingsfunctie.

Hoe dan ook, het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling wordt vaak genoemd als de belangrijkste functie van het bestuursrechtelijke hoger beroep. Volgens diverse respondenten is het aan de hoger-beroepsrechters om (meer) sturing te geven aan de rechtspraak in eerste aanleg. Deze visie op de functie van het hoger beroep betekent volgens andere respondenten wél een noodzakelijke beperking van het feitenonderzoek. Bovendien impliceert – volgens in elk geval één respondent – de 'ex tunc'-toetsing een beperking op dit punt: het feitenonderzoek heeft betrekking op de feiten zoals die ten tijde van de beslissing op bezwaar een rol speelden.

Het bestuursrechtelijk hoger beroep ligt, gelet op de feitelijke rechtseenheidsfunctie, mede daarom tussen het civiele hoger beroep en cassatierechtspraak in. Overigens speelt niet alleen deze theoretische benadering van het bestuursproces (in hoger beroep) een rol. Een groep van respondenten nam tevens een meer pragmatisch standpunt in. Als belangrijke functie (of misschien wel meer een gunstig effect) van het hoger beroep werd genoemd het terugdringen van de overbelasting van de huidige appèlinstanties. Hier lijkt de zeefwerking in het geding te zijn. De appèlrechters zijn tegenwoordig, beter dan voorheen, in staat om langer over zaken na te denken zonder dat het gehele apparaat wordt ontregeld.

De kwaliteit van het hoger beroep wordt ten slotte door bepaalde respondenten in het bijzonder afgemeten aan het bevorderen van finaliteit: de hoger-beroepsrechter dient ernaar te streven dat op zo kort mogelijke termijn een eindoordeel wordt gegeven waarmee partijen verder kunnen. Dit betekent onder meer dat partijen hun argumenten zo vroeg mogelijk in de procedure naar voren moeten brengen, opdat het proces niet nodeloos wordt vertraagd. Dit uitgangspunt bevordert mede de rechtszekerheid van derden-belanghebbenden, maar ook van het betrokken bestuursorgaan.

Andere respondenten relativeren het streven naar finaliteit. Het bewerkstelligen van finaliteit is belangrijk maar geen doel op zich. Vaak zijn er feitenkwesties of technische normen in het geding waarover nog geoordeeld moet worden door het betrokken bestuursorgaan. Wat ook nogal eens gebeurt, is dat partijen hun onderhandelingspositie willen behouden en bijgevolg alleen over een bepaald onderdeel in een zaak een finale uitspraak wensen.

2.2.5 Conclusie

De drie algemeen erkende functies van hoger beroep – herkansing voor partijen, controle van de eerste rechter, bewaking van rechtseenheid en rechtsontwikkeling – zijn ook voor het bestuursrechtelijk hoger beroep relevant. Tijdens de parlementaire behandeling is de nadruk gelegd op de herkansingsfunctie en de controlefunctie, omdat een institutionele voorziening zou zorgdragen voor het bereiken van rechtseenheid. Met het wegvallen van deze voorziening heeft het

bestuursrechtelijk hoger beroep ook op dit punt een taak. De hoogste rechters zien het bevorderen van de rechtseenheid duidelijk als een taak. Er bestaan verscheidene vormen van overleg die tot meer eenheid in de jurisprudentie leiden.¹⁵ In de literatuur zien diverse auteurs de herkansingsfunctie als belangrijkste functie van het bestuursrechtelijk appel. Anderen menen dat deze functie moet worden afgewogen tegen beide andere functies, hetgeen kan leiden tot een meer of minder ruime beperking van de mogelijkheid van herkansing. In deze afweging spelen ook overwegingen van redelijke termijn en proceseconomie een rol. De interviews laten een ander beeld zien dan de literatuur in die zin dat een meerderheid de bevordering van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling – mede vanwege het ontbreken van een institutionele voorziening op dit punt – op de eerste plaats zet. Als tweede functie wordt veelal de controlefunctie aangemerkt. De herkansingsfunctie staat slechts bij een minderheid van respondenten voorop.

2.3 HET INTERNATIONALE RECHT EN DE OMVANG VAN GEDING IN (HOGER) BEROEP

2.3.1 Inleiding

Een belangrijke vraag voor het onderzoek is in hoeverre het internationale recht eisen stelt aan de omvang van het geding in het bestuursrechtelijk hoger beroep. Zoals in paragraaf 2.1 aangegeven, wordt daarbij aandacht besteed aan het EG-recht en het EVRM. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de kwestie of en in hoeverre deze internationale rechtsbronnen eisen stellen aan de omvang van het geding in relatie tot de door deze rechtsbronnen gegarandeerde rechten. Voor het EVRM zijn dat de diverse mensenrechten die in het Verdrag zelf en de Protocollen bij het Verdrag worden erkend. Voor het EG-recht gaat het om de steeds verder uitdijende groep van rechten die worden toegekend in vooral het EG-Verdrag, in EG-richtlijnen en EG-verordeningen. De bevindingen op dit punt hebben derhalve geen betrekking op de – toch nog aanzienlijke – groep van zaken zonder mensenrechtelijke of communautaire dimensie.

Daarnaast wordt bij de behandeling van het EVRM aandacht besteed aan de vraag in hoeverre door artikel 6 EVRM ook eisen worden gesteld aan de omvang van het geding in relatie tot andere dan door het EVRM gegarandeerde rechten die van belang zijn voor de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen en de gegrondheid van een strafvervolgning.

Alvorens over te gaan tot bespreking van het EG-recht en het EVRM wordt eerst aandacht besteed aan artikel 94 Grondwet, het constitutionele toegangsluik voor in elk geval het EVRM in de Nederlandse rechtsorde. Aanleiding hiervoor is dat in de literatuur de stelling wordt verdedigd dat uit deze bepaling voor de Nederlandse rechter reeds een ambtshalve toetsingsplicht aan het internationale recht zou voortvloeien. Is dat inderdaad het geval, dan is de vraag naar de eisen die het EG-recht en EVRM op dit punt stellen, nauwelijks nog relevant.

15. Zie daarover onder meer: Stroink 2001, p. 51 e.v.

Op grond van artikel 94 Grondwet vinden binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. De diverse mensenrechten uit het EVRM, alsook grote delen van het EG-recht kunnen als 'een ieder verbindende bepalingen' in de zin van dit artikel worden aangemerkt, waarbij overigens kan worden opgemerkt dat het EG-recht artikel 94 Grondwet niet nodig heeft om rechtstreeks door te kunnen werken in de nationale rechtsorde.¹⁶

Door De Werd is met kracht van argumenten de stelling verdedigd dat uit de redactie van deze grondwetsbepaling volgt, dat het buiten toepassing stellen/verklaren van nationale wettelijke voorschriften bij strijd met 'een ieder verbindend' verdragsrecht een plicht van de rechter is.¹⁷ De grondwetgever beoogt immers geen onderscheid te maken tussen toetsingsbevoegdheid en toetsingsplicht. De rechter is daarom ambtshalve tot deze toetsing geroepen. Artikel 8:69 Awb, alsmede bijvoorbeeld de invoering van een 'grievensstelsel' kan aan deze plicht niet afdoen, omdat de wetgever de reikwijdte van artikel 94 Grondwet niet kan inperken zonder dat deze bepaling zelf daarvoor een grondslag biedt. Uit de tekst van de bepaling, noch uit de wetsgeschiedenis valt een dergelijke beperkingsmogelijkheid voor de wetgever af te leiden. Aldus nog steeds De Werd.

Gelet op de imperatieve formulering van artikel 94 Grondwet, lijkt het betoog van De Werd op het eerste gezicht overtuigend. Niettemin hebben wij twijfel over de juistheid ervan. Deze twijfel betreft niet de vraag naar de voorrang van 'een ieder verbindende' bepalingen van internationaal recht boven het nationale recht. Wanneer een nationale rechter in een zaak wordt geconfronteerd met een dergelijke bepaling van internationaal recht en een daarmee strijdige bepaling van nationaal recht, zal hij de nationale bepaling in beginsel zonder meer buiten toepassing moeten laten. In zoverre geldt er inderdaad een rechterlijke toetsingsplicht.

De vraag of de rechter met de internationale bepaling wordt geconfronteerd – of, in procesrechtelijk termen, of de internationale bepaling *in geding* is – wordt ons inziens echter niet beantwoord door artikel 94, maar door het geldende procesrecht. Artikel 94 Grondwet is immers geen bepaling van procesrecht. Wanneer het nationale procesrecht – om welke reden dan ook en los van de wenselijkheid daarvan – het geding zodanig heeft begrensd, bijvoorbeeld door het voorschrijven van een strikt grievensstelsel, dat het internationale recht in een concrete zaak buiten het geding blijft omdat partijen daarop geen beroep hebben gedaan, dan kan de rechter in het geheel niet toetsen aan deze bepaling van internationaal recht. En omdat het internationaal recht niet in geding is, kan het nationale recht niet wegens eventuele strijdigheid daarmee buiten toepassing worden gelaten.

Kort en goed, uit artikel 94 Grondwet kan een toetsingsplicht aan het internationale recht voor de rechter worden afgeleid voorzover het internationale recht in

16. De inroepbaarheid van het EG-recht in de nationale rechtsorde is gebaseerd op het EG-recht zelf en is onafhankelijk van het recht van de lidstaten. Vgl. zaak 26/62, Van Gend & Loos, Jur. 1963, p. 3. Zie Jans e.a. 1999, p. 42-43.

17. De Werd 1998, p. 687-694, i.h.b. p. 691.

geding is. Of het internationale recht in geding is – en derhalve ook of de rechter hieraan ambtshalve kan of moet toetsen – is een vraag van nationaal procesrecht. De grondwetgever laat de wetgever op dit punt alle ruimte. Daarmee is de kwestie in hoeverre het internationale recht zelf op dit punt eisen stelt, wel degelijk relevant.

2.3.3 Het EG-recht

Dat het EG-recht absolute voorrang heeft op daarmee strijdig nationaal recht, is geen nieuws. Evenmin is omstreden dat de nationale rechter als jage de droit commun de taak heeft om zorg te dragen voor een effectieve doorwerking van het EG-recht, waarbij hij met het EG-recht strijdige bepalingen van nationaal recht buiten toepassing moet laten. Daaruit vloeit echter niet voort, dat het EG-recht door de nationale rechter altijd ambtshalve zou moeten worden toegepast. De nationale rechter verricht zijn communautaire taak namelijk binnen het kader van zijn nationaal procesrecht, inclusief de nationale bepalingen omtrent de omvang van het geding. Tenzij een bepaald aspect van procesrecht voor specifieke geschillen in een verordening of richtlijn communautair is gereguleerd, gaat het EG-recht uit van het beginsel van nationale procesrechtelijke autonomie: het nationale procesrecht kan in beginsel ook worden toegepast op aan het EG-recht ontleende vorderingen en aanspraken. Deze autonomie is echter wel ingekaderd door een drietal beginselen.

Het belangrijkste is het beginsel van effectieve rechtsbescherming op grond waarvan enerzijds particulieren ter effectuering van hun aan het EG-recht ontleende rechten toegang hebben tot de rechter en, anderzijds, de rechter effectieve remedies moet hebben om een eventuele schending van EG-recht te kunnen herstellen. Specifiek voor de toepassing van nationaal procesrecht op EG-rechtelijke vorderingen zijn de beginselen van non-discriminatie (gelijkwaardigheid) en effectiviteit. Naar het eerste arrest waarin zulks is uitgemerkt, worden deze vereisten tezamen wel aangeduid als de *Rewe-riedel*.¹⁸ Op grond van het non-discriminatievereiste moeten op het EG-recht gebaseerde vorderingen gelijk worden behandeld als soortgelijke vorderingen gebaseerd op het nationale recht. Het effectiviteitsvereiste brengt met zich dat het nationale procesrecht de effectuering van het EG-recht niet uiterst moeilijk of onmogelijk mag maken.

Welke betekenis deze vereisten hebben voor de problematiek van de omvang van het geding, heeft het Hof van Justitie uitgemerkt in de arresten Van Schijndel, Peterbroeck en Kraaijeveld.¹⁹ Bij de toetsing aan het non-discriminatievereiste eist het EG-recht – blijkens Van Schijndel en Kraaijeveld – een zekere voorkeursbehandeling van het communautaire recht. Het EG-recht moet namelijk niet alleen ambtshalve door de nationale rechter worden toegepast wanneer de natio-

18. Zaak 33/76, *Rewe*, Jur. 1976, p. 1989. De term *Rewe-riedel* is van S. Prechal.

19. Respectievelijk gevoegde zaken C-430/93, Van Schijndel en Van Veen, Jur. 1995, p. I-4705, AB 1996, 92, m.nt. FHvDB, zaak C-312/93, Peterbroeck, Jur. 1995, p. I-4599, alsmede zaak C-72/95, Kraaijeveld, Jur. 1996, p. I-5403, AB 1997, 133, m.nt. ChB. Zie reeds: Widdershoven 1996, p. 149-166, alsmede Jans e.a. 1999, p. 320-323.

nale rechter de plicht heeft om soortgelijke bepalingen van nationaal recht ambtshalve toe te passen, maar ook wanneer de nationale rechter daartoe uitsluitend een bevoegdheid heeft.

Leidt de toetsing aan het non-discriminatievereiste ertoe dat het EG-recht niet ambtshalve kan worden toegepast omdat dit voor soortgelijke bepalingen van nationaal recht ook is uitgesloten, dan moet dit verbod worden getoetst aan het effectiviteitsvereiste. Daarbij moeten – blijkens Van Schijndel en Peterbroeck – de volgende factoren in overweging worden genomen: de plaats van de bepaling die ambtshalve toetsing verbiedt in de gehele procedure; het verloop van de procedure en de bijzondere kenmerken ervan voor de verschillende rechterlijke instanties; de vraag of de beperking in voldoende mate wordt gerechtvaardigd door beginselen die aan het nationale procesrecht ten grondslag liggen, zoals het verdedigingsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van een goed verloop van de procedure.

Waarom deze toetsing leidt, moet de nationale rechter uitmaken. Uit de zaak Van Schijndel kan worden afgeleid dat in de civiele feiten- en cassatierechtspraak het EG-recht niet ambtshalve behoeft te worden toegepast, omdat de rechter hierdoor de in de meeste lidstaten erkende beginselen van lijdelijkheid en partij-autonomie zou moeten verzaken. De zaak Peterbroeck maakt duidelijk dat de omvang van het geding niet te vergaand mag worden beperkt: de combinatie van een grievensstelsel in eerste aanleg met een zeer beperkte mogelijkheid om na de bezwarenprocedure nog nieuwe grieven voor de rechter naar voren te brengen, kon daarom niet door de communautaire beugel.

Wat betekent het voorafgaande nu voor de omvang van het geding in hoger beroep in bestuurszaken in Nederland? In zijn algemeenheid kan worden vastgesteld dat het EG-recht nogal wat ruimte laat voor 'eigen' nationale keuzes, ook wanneer deze een beperking van de omvang van geding in hoger beroep betekenen. Deze beperking zal wel moeten worden gerechtvaardigd door de hiervoor genoemde beginselen van procesrecht. Voor het hoger beroep in bestuurszaken lijkt dat in beginsel niet zo moeilijk. Een beperkte opvatting over het ambtshalve toetsen of het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden of feiten in hoger beroep, danwel over het inbrengen van nieuwe gronden of argumenten in hoger beroep kan – voorzover men hieraan behoefte heeft – op zichzelf worden gerechtvaardigd door het beginsel van een goed verloop van de procedure (goede procesorde). Daarnaast valt zonder al te veel problemen ook een rechtvaardiging te construeren op grond van het verdedigings- of rechtszekerheidsbeginsel.

Niettemin kan bij het voorgaande een tweetal kanttekeningen worden geplaatst. In de eerste plaats moet de appèlrechter de consequenties van het non-discriminatievereiste serieus nemen. In de praktijk betekent dit dat voorzover de (appèl)rechters bevoegd moeten worden geacht om dwingende bepalingen van nationaal recht ambtshalve toe te passen, ten aanzien van soortgelijke bepalingen van EG-recht een plicht tot ambtshalve toepassing bestaat. Of – omgekeerd – wil de (appèl)rechter, om welke reden dan ook, aan de plicht tot ambtshalve toetsing aan EG-recht ontkomen, dan moet hij zijn bevoegdheid tot ambtshalve toepassing van soortgelijke dwingende bepalingen van nationaal recht ontkennen.

In de tweede plaats mag het totaal aan beperkingen van de omvang van het geding niet zo ver gaan dat men in een Peterbroeck-situatie beland. Mocht zo'n situatie zich voordoen als gevolg van beperkingen van de omvang van het geding in eerste aanleg,²⁰ dan zal de appèlrechter compensatie moeten bieden. Overigens kan dit probleem waarschijnlijk beter worden aangepakt door de beperkingen in de eerste aanleg te versoepelen.

Ten slotte moet nog aandacht worden besteed aan het mogelijke openbare-orde-karakter van het EG-recht. Uit het voorafgaande zal duidelijk zijn, dat het Hof er niet van uitgaat dat het EG-recht als zodanig van openbare orde is en uit dien hoofde in beginsel altijd ambtshalve zal moeten worden toegepast. Zou dat wel zo zijn, dan zou de genuanceerde benadering van het Hof in Van Schijndel en Peterbroeck – die welbewust ruimte laat voor nationale procesrechtelijke regels, ook al leiden die ertoe dat het EG-recht in een concrete zaak niet kan worden toegepast – zinledig zijn. Niettemin kan de vraag worden opgeworpen of wellicht sommige bepalingen van EG-recht van openbare orde zijn.

Aanleiding voor deze vraag is de uitspraak van het Hof in de Benetton-zaak.²¹ In deze zaak heeft het Hof uitgemaakt dat artikel 81 (ex 85) EG, het kartelverbod, een bepaling van openbare orde is in de zin van artikel 1065 Rv. Aangezien volgens de laatstgenoemde bepaling strijd met de openbare orde reden is voor vernietiging van een arbitraal vonnis, moet zo'n vonnis ook worden vernietigd wanneer het in strijd is met artikel 81 EG. Deze uitspraak roept tenminste twee vragen op. In de eerste plaats, of het openbare-orde-karakter beperkt is tot artikel 81 EG. Gelet op de motivering van het Hof, waarin het fundamentele belang van artikel 81 EG wordt benadrukt en gewezen wordt op het feit dat de door artikel 81 EG verboden overeenkomsten van rechtswege nietig zijn, lijkt het verdedigbaar om deze vraag bevestigend te beantwoorden. Voor andere belangrijke EG-rechten is in elk geval niet bepaald dat daarmee strijdige overeenkomsten nietig zijn.

Belangrijker is de tweede vraag die kan worden opgeworpen, namelijk: is het openbare-orde-karakter van artikel 81 EG beperkt tot de toepassing van artikel 1065 Rv? Hoewel men om redenen van rechtseenheid een andere opvatting wenselijk zou kunnen vinden, gaan wij er voorshands van uit dat dit inderdaad het geval is. Daarbij kan erop worden gewezen dat blijkens de motivering van het arrest, het Hof het van groot belang acht, dat arbiters geen nationale rechterlijke instanties zijn in de zin van artikel 243 EG, die een prejudiciële vraag kunnen stellen aan het Hof.²² Zou de nationale rechter het arbitraal vonnis niet kunnen onderzoeken op strijd met artikel 81 EGV, dan zou deze zaak door geen enkele instantie kunnen worden verwezen naar het Hof. Om deze, voor een eenvormige uitleg van het EG-recht ongewenste, situatie te vermijden is het Hof min of meer

20. Dit lijkt zich voor te doen bij toetsing in milieu- en bestemmingsplangeschillen, omdat bij de ABRs alleen nog gronden kunnen worden aangevoerd die hun grondslag vinden in de tegen het ontwerpbesluit aangevoerde bedenkingen. Aangezien de Afdeling EG-rechtelijke bezwaren echter ambtshalve toetst, is van strijd met het EG-recht toch geen sprake, maar wellicht wel van strijd met artikel 6 EVRM (vgl. Vz. ABRs 17 februari 1998, RAWb 1998, 99, m.a. Widdershoven).

21. HvJEG 1 juni 1999, C-126/97, Benetton, NJB-katern 1999, p. 1103.

22. Zaak 102/82, Nordsee, Jur. 1982, p. 1095.

gedwongen artikel 81 EG het karakter van een bepaling van openbare orde in de zin van artikel 1065 Rv toe te kennen. Daardoor kan in het geval waarin daarvoor reden is, de nationale rechter, die de tenuitvoerlegging van het arbitrale vonnis controleert, de zaak immers prejudicieel verwijzen. Buiten de sfeer van de arbitrage speelt het probleem dat niet prejudicieel kan worden verwezen niet en bestaat er om die reden geen dringende noodzaak een bepaling van EG-recht als zijnde van openbare orde aan te merken. Naar wij aannemen kan het openbare-orde-karakter van artikel 81 EGV derhalve worden beperkt tot artikel 1065 Rv. Voor het overige gelden de algemene overwegingen uit *Van Schijndel en Peterbroeck*, zoals die hiervoor zijn weergegeven. Daarbij zij er wel op gewezen dat nieuwe rechtspraak van het Hof tot andere inzichten kan leiden.²³

Al met al is de conclusie dat volgens het communautair recht het EG-recht voor het (hoger) beroep in bestuurszaken naar alle waarschijnlijkheid niet van openbare orde is.²⁴ Voorzover men daarop een uitzondering wil maken, kan deze waarschijnlijk worden beperkt tot artikel 81 EGV.

2.3.4 Het EVRM

Voor de problematiek van de omvang van het geding (in hoger beroep) zijn twee lijnen in de rechtspraak van het EHRM van belang. In de eerste plaats gaat het om de vraag of uit de rechtspraak van het EHRM omtrent het in artikel 35 (ex 26) EVRM neergelegde vereiste van *exhaustion of domestic remedies* kan worden afgeleid dat de nationale rechter ambtshalve moet toetsen aan de door het EVRM gegarandeerde rechten. In de tweede plaats wordt bekeken of de op artikel 6 EVRM gebaseerde eis van een *full jurisdiction* betekenis heeft voor de omvang van geding (in hoger beroep).

Artikel 35 EVRM bepaalt dat de Straatsburgse organen een zaak pas in behandeling kunnen nemen, nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. Achtergrond van deze bepaling is het uitgangspunt, dat 'the supervision machinery set up by the Convention is subsidiary to the national human rights protection systems'.²⁵ Vanwege dit subsidiaire karakter is de klager, op straffe van niet-ontvankelijkheid, verplicht om de mensenrechtenschending eerst bij de nationale rechter aan de orde te stellen, alvorens een klacht kan worden ingediend bij het EHRM. In de rechtspraak van het EHRM komt men nu en dan zaken tegen waarin een klager, die heeft nagelaten om de mensenrechtenschending in de nationale rechtsgang aan de orde te stellen, zich tegen een dreigende niet-ontvankelijkver-

23. Zie bijv. HvJEG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240 t/m 244/98, *Océana Grupo Editorial*, waarin de nationale rechter door het Hof werd verplicht om een forumkeuzebepaling uit een richtlijn ambtshalve toe te passen bij de beoordeling van consumentenovereenkomsten. Overigens werd de desbetreffende bepaling door het Hof niet als van openbare orde aangemerkt. Voor het bestuursrecht is deze uitspraak niet van groot belang.

24. Dat naar communautair recht bepalingen van EG-recht niet in algemene zin van openbare orde zijn, sluit overigens niet uit dat de nationale rechter *vrijwillig* bepalingen van EG-recht als van openbare orde aanmerkt. In de rechtspraak is dit tot nu toe niet expliciet geschied.

25. EHRM 15 november 1996, nr. 46/1995/552/638 (*Sadik*), par. 30, opgenomen in *Lawson & Schermers* 1997, p. 642-653.

klaring verweert met de stelling, dat de nationale rechter deze schending ambtshalve had moeten toetsen. Tot nu toe is dit verweer door het EHRM steeds verworpen. Maatgevend zijn de overwegingen van het Hof in de zaak Van Oosterwijck.²⁶

'D. Van Oosterwijck argued finally that the Belgian courts were bound by the principle *jura novit curia* to apply the Convention even though he had not requested them to do so and that this was the case more especially, as the Convention was a matter of public order (*ordre public*) in Belgium.

The Court is not persuaded by this argument. The fact that the Belgian Court might have been able, or even obliged, to examine the case of their own motion under the Convention cannot be regarded as having dispensed the applicant from pleading before them the Convention or arguments to the same or like effect. Whether the obligation laid down by Article 26 has been satisfied has to be determined by reference to the conduct of the victim of the alleged breach.'

Uit deze overwegingen blijkt duidelijk dat nationale rechters op grond van artikel 35 EVRM niet verplicht zijn om mogelijke schendingen van EVRM-rechten ambtshalve te toetsen.²⁷ Zelfs wanneer er voor de nationale rechter naar nationaal recht een plicht zou zijn om ambtshalve onderzoek te doen naar de schending van een EVRM-recht, doet dit niet af aan de verplichting van de klager om de schending zelf bij de nationale rechter aan de orde te stellen. Dit dient volgens vaste rechtspraak te geschieden 'at least in substance and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law'.²⁸ Hiermee wordt het nationale procesrecht, en dus ook de rechtsregels omtrent de omvang van geding, derhalve als gegeven beschouwd. Al met al kan de conclusie dan ook zijn dat deze rechtspraak geen harde eisen stelt aan de omvang van geding in hoger beroep.

De tweede jurisprudentielijn die mogelijk van belang is voor de kwestie van de omvang van geding (in hoger beroep), is die omtrent de eis van *full jurisdiction*. In een vaste rechtspraak, die vooral betrekking heeft op de bestuursrechtspraak, heeft het Hof uitgemaakt dat op grond van het in artikel 6 EVRM gegarandeerde vereiste van effectieve rechtsbescherming 'decisions of administrative authorities which do not themselves satisfy the requirements of Article 6 should be subject to subsequent control by a judicial body that has full jurisdiction'.²⁹ Daartoe moet de rechter de bevoegdheid hebben 'to examine all questions of fact and law relevant to the dispute before it'.³⁰ De eis van *full jurisdiction* geldt voor alle geschillen

26. EHRM 6 november 1980, Series A, Vol. 40, par. 39 (Van Oosterwijck). Zie voor vergelijkbare overwegingen EHRM 15 november 1996, nr. 46/1995/552/638 (Sadik), par. 33, opgenomen in Lawson & Schermers 1997, p. 642-653.

27. Zo ook: Lawson 1998, p. 1074-1075, in reactie op de andersluidende suggestie van De Werd 1998, alsmede Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2000, p. 327-408, i.h.b. p. 389, noot 302.

28. Bijv. EHRM 19 maart 1991, Series A, Vol. 200 (Cardot), par. 34; EHRM 8 juli 1999, no. 23462/94 (Arslan), par. 33; EHRM 21 januari 1999, JB 1999/41 (Fressos).

29. Zie reeds: EHRM 10 februari 1983, Series A, Vol. 58, NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte), par. 29, alsmede EHRM 25 november 1994, Series A, Vol. 295-A (Ortenberg), par. 31; EHRM 26 april 1995, AB 1996, 1, m.nt. ICVDV (Fischer), par. 28; EHRM 21 september 1993, NJ 1995, 544 (Zumtobel), par. 29.

30. EHRM 23 juni 1981, NJ 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en de Meyere).

die binnen de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen. Aangezien bij grote delen van de bestuursrechtspraak sprake is van de vaststelling van burgerlijke rechten of verplichtingen, dan wel van de gegrondheid van een strafvervolgning ('criminal charge'), zal de bestuursrechtspraak vrijwel steeds aan deze eis moeten voldoen. In de literatuur wordt de eis van *full jurisdiction* doorgaans besproken in relatie tot de in de bestuursrechtspraak gebruikelijke marginale toetsing van beleidsvrijheden.³¹ Gelet op het doel van dit hoofdstuk kan deze kwestie hier buiten beschouwing blijven. Daarnaast heeft de eis betekenis voor de problematiek van de omvang van het geding (in hoger beroep). Vanwege het nog geringe aantal uitspraken en de casuïstische benadering is het echter moeilijk om harde criteria voor deze problematiek te formuleren. Bovendien hebben de uitspraken van het EHRM tot nu toe geen betrekking gehad op het bestuursrechtelijk hoger beroep. Niettemin wordt gepoogd een aantal lijnen uit de rechtspraak aan te geven.³²

Voorop staat, zoals reeds aangegeven, dat de nationale rechter bevoegd moet zijn om alle voor het geschil relevante rechts- en feitelijke vragen te onderzoeken. Is zijn bevoegdheid beperkt, bijvoorbeeld tot de toetsing aan constitutionele normen, dan kan de desbetreffende rechter niet worden aangemerkt als een *tribunal* in de zin van artikel 6 EVRM. Daarmee is overigens niet gezegd dat de rechtsgang als geheel in strijd is met artikel 6 EVRM: de rechtsgang bij de constitutionele rechter zal echter vooraf moeten worden gegaan door een rechterlijke procedure, die wel aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet. Op grond van het EVRM zijn de Verdragspartijen niet verplicht tot het instellen van appèlrechtspraak.³³ Doet men dat wel, dan moet het hoger beroep wel aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoen:³⁴ in beginsel geldt derhalve ook voor de appèlprocedure de eis van een *full jurisdiction*, waarbij wel rekening mag worden gehouden met de speciale kenmerken van de hoger-beroepsprocedure.

De eis van *full jurisdiction* betekent niet, dat de rechter de naleving van relevante rechtsnormen ambtshalve moet toetsen: heeft een appellant alleen formele bezwaren aangevoerd, dan is de rechter niet verplicht de toepassing van materiële normen ambtshalve te toetsen. Dit kan worden afgeleid uit de zaak *Zumtobel*.³⁵ In deze zaak had appellant bij de rechter in eerste aanleg alleen bezwaren omtrent de procedure bij het bestuursorgaan aangevoerd. Aangezien de rechter deze formele bezwaren 'on their merits' had onderzocht, voldeed de toetsing aan artikel 6 EVRM.

De nationale rechter moet de toepassing van rechtsnormen wel toetsen, als deze normen verband houden met de bezwaren die door appellant zijn aangevoerd.

31. Kuipers 1996, p. 97-112, i.h.b. p. 102 e.v.

32. Zie Kuipers 1996, p. 99-102.

33. Deze verplichting bestaat ingevolge artikel 14, vijfde lid IVBPR waarschijnlijk wel voor de berechtiging van bestuurlijke sancties met een punitief karakter, in het bijzonder de bestuurlijke boete. Zie reeds par. 1.5.

34. Bijv. EHRM 23 oktober 1996, NJCM-bulletin 1997, p. 321; EHRM 15 februari 2000 (*Garcia Manibardo*).

35. 51EHRM 21 september 1993, NJ 1994, 544 (*Zumtobel*).

Of, in de woorden van het Hof in de zaak Van de Hurk, de nationale rechter is verplicht 'to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence adduced by the parties, without prejudice to its assessments of whether they are relevant to its decision'.³⁶ Hoever deze verplichting gaat, is overigens minder duidelijk. Het Hof merkt namelijk ook op dat de rechter niet 'a detailed answer to every argument' behoeft te geven.³⁷ Bovendien moet rekening worden gehouden met de 'diversity of submissions that a litigant may bring before the courts' en 'the differences existing in the Contracting States with regard to statutory provisions, customary rules, legal opinions and the presentation and drafting of judgments'.³⁸ Dit laat ruimte voor een verschillende benadering door de verschillende rechterlijke colleges. Of artikel 6 EVRM bijvoorbeeld eist dat in hoger beroep ook gronden worden getoetst die in eerste aanleg niet waren aangevoerd, kan op basis van de rechtspraak van het EHRM niet worden vastgesteld.

Een ander punt dat in verband met de eis van *full jurisdiction* de aandacht vraagt, is in hoeverre het rechterlijke onderzoek naar de bestuurlijke vaststelling van de feiten kan worden beperkt, bijvoorbeeld met als reden dat de bezwaren daaromtrent door de burger reeds in het bestuurlijke traject – in de aanvraagfase en/of in de bezwarenprocedure – naar voren hadden moeten worden gebracht. Voorop moet worden gesteld dat deze problematiek in de rechtspraak van het Hof nog nooit expliciet aan de orde is geweest. Wel kunnen op basis van min of meer verwante casus de volgende opmerkingen worden gemaakt.

In het algemeen staat het Hof kritisch ten opzichte van beperkingen van het rechterlijke feitenonderzoek. Deze lijn ziet men in de zaak Terra Woningen, waarin een schending van artikel 6 EVRM werd aangenomen omdat de kantonrechter in een huurprijzenzaak geen zelfstandig oordeel wilde vormen over (het standpunt van Gedeputeerde Staten over) de aanwezigheid van een bodemverontreiniging.³⁹ Deze aanwezigheid had volgens het stelsel van het Besluit huurprijzen woningen bepaalde door het Besluit dwingend voorgeschreven gevolgen voor de huurprijs. Verder kan de zaak Fischer worden vermeld.⁴⁰ Daarin werd de klacht dat de eis van *full jurisdiction* was geschonden vanwege de beperkte mogelijkheden voor een Oostenrijkse bestuursrechter om feitenkwesties te onderzoeken en nieuw bewijs in beschouwing te nemen, door het Hof afgewezen omdat van dergelijke beperkingen niets was gebleken. A *contrario* zou men daaruit kunnen afleiden dat beperkingen van het rechterlijke feitenonderzoek of van het accepteren van nieuw bewijs wel in strijd zouden zijn geweest met deze eis. A *contrario*-redeneringen zijn echter niet de meest sterke redeneringen. Tegenover deze zaken staat de uitspraak van het Hof in de zaak Bryan, waarin in een handhavingszaak op het terrein van de ruimtelijke ordening de beperkte jurisdictie van de Engelse rechter

36. EHRM 29 april 1994, NJ 1995, 462; NJCM-bulletin 1994, p. 389 (Van der Hurk), par. 61; EHRM 9 december 1994, Series A, Vol. 303-A (Ruiz Torija), par. 29. Hierover: Kuypers 1996, p. 100, alsmede Verheij 2000, p. 6-7.

37. Zie ook Van der Hurk, par. 61, alsmede Ruiz Torija, par. 29.

38. Ruiz Torija, par. 29.

39. EHRM 17 december 1997, NJCM-Bulletin 1997, p. 617-628, m.nt. Viering.

40. EHRM 26 april 1995, AB 1996/1, m.nt. 1cxdV.

ten aanzien van de feiten niet problematisch werd geacht, omdat het betreffende rechtsgebied, 'town and country planning', een 'specialised area of the law' was, en de feitenvaststelling in de bestuurlijke fase had plaatsgevonden in een quasi-rechterlijke procedure die voor de klager diverse waarborgen kende.⁴¹

Volgens Viering in zijn commentaar bij Terra Woningen heeft de kritische houding van het Hof ten aanzien van (wettelijke) beperkingen van het rechterlijke feitenonderzoek te maken met de vrees dat anders het effectieve recht op toegang tot de rechter in de knel komt. Pogingen van nationale wetgevers om de rechterlijke feitencontrole op overheidsbesluiten terug te dringen door middel van bepaalde constructies, bijvoorbeeld die uit het Besluit huurprijzen woonruimte in Terra Woningen, worden volgens hem daarom 'bij voorbaat de kop ingedrukt'.⁴² Volgt men deze gedachte, dan bevinden deze en andere beperkingen van de rechterlijke controle op het bestuurlijke feitenonderzoek zich in elk geval in de gevaarzone van artikel 6 EVRM. Zij zijn – gelet op de Bryan-zaak – niet zonder meer in strijd met de eis van *full jurisdiction*, maar vereisen wel een bijzondere rechtvaardiging. Deze kan worden gevonden in het gespecialiseerde karakter van de desbetreffende feitenvaststelling. Bovendien is van belang dat de bestuurlijke feitenvaststelling met de nodige quasi-rechterlijke waarborgen is omkleed.

Ten slotte is een opmerking op zijn plaats over de zaak Ruiz Torija, een van de weinige uitspraken van het EHRM waarin de problematiek van de omvang van geding in hoger beroep aan de orde is. In deze uitspraak oordeelde het Hof, dat de civiele appèlrechter verplicht is om in eerste aanleg aangevoerde gronden uitdrukkelijk in zijn beoordeling te betrekken, ook als deze gronden in eerste aanleg buiten beschouwing zijn gebleven omdat een andere grond reeds doel trof en die gronden in hoger beroep niet zijn herhaald.⁴³ Dit standpunt lijkt ook voor het bestuursrechtelijk hoger beroep van belang en zou alsdan als een aan het EVRM ontleend kwaliteitscriterium kunnen worden opgevat. Helemaal zeker is dit echter niet, omdat het oordeel van het Hof in deze zaak samenhangt met de omstandigheden van het geval. In casu was de nationale appèlrechter naar regels van nationaal procesrecht verplicht 'to review all submissions made at first instance, (...) regardless of whether they had been expressly repeated in the appeal'.⁴⁴ Omdat de appèlrechter een in eerste aanleg aangevoerd bezwaar niet in zijn overwegingen had betrokken, terwijl dit bezwaar als gevolg van de appèluitspraak (opnieuw) relevant werd, voldeed de uitspraak niet aan de uit artikel 6 EVRM voortvloeiende motiveringseis. Of het Hof hetzelfde standpunt zou hebben ingenomen, wanneer het nationale recht niet de verplichting had gekend om in eerste instantie opgeworpen bezwaren die in hoger beroep niet zijn herhaald, (toch) in de appèlbeoordeling te betrekken, staat daarom niet vast.

41. EHRM 22 november 1995, Series A, Vol. 335-A. Zie voor een vergelijkbare lijn: EHRM 7 november 2000, Kingsley, NJB-katern 2001, p. 128, nr. 3.

42. NJCM-Bulletin 1997, p. 627.

43. Ruiz Torija, par. 30.

44. Par. 17, alsmede 30.

2.3.5 Conclusie

De conclusie van het voorgaande kan kort zijn. Het internationale recht biedt slechts een beperkt aantal criteria voor de omvang van het geding in hoger beroep. Voor wat betreft het EG-recht, is waarschijnlijk de belangrijkste eis, dat de nationale appèlrechter verplicht is aan het EG-recht ontleende rechtsgronden ambtshalve in zijn beoordeling te betrekken wanneer hij volgens het nationale (proces)recht bevoegd is om soortgelijke gronden van nationaal recht ambtshalve toe te passen.

Uit het op artikel 6 EVRM gebaseerde vereiste van een *full jurisdiction* kan worden afgeleid, dat (ook) op de appèlrechter in beginsel de verplichting berust om rechtsnormen te toetsen wanneer deze verband houden met de bezwaren die door appellant zijn aangevoerd. Hoeveel deze plicht echter precies gaat en of zij ook zonder meer geldt wanneer deze gronden in eerste aanleg niet zijn aangevoerd, is echter (nog) onduidelijk. Verder is vastgesteld dat het Hof kritisch staat ten opzichte van beperkingen van rechterlijk onderzoek naar de bestuurlijke feitenvaststelling. Willen deze acceptabel zijn, dan zal een bijzondere rechtvaardiging moeten worden gevonden in het gespecialiseerde karakter van de betreffende feiten en zal de bestuurlijke feitenvaststelling met de nodige quasi-rechterlijke waarborgen moeten zijn omkleed. Uit de rechtspraak van het Hof lijkt ten slotte te kunnen worden afgeleid, dat de appèlrechter in eerste aanleg aangevoerde bezwaren die in hoger beroep niet zijn herhaald, in zijn beoordeling dient te betrekken, wanneer deze (opnieuw) relevant worden voor de beoordeling van het geschil. Of deze eis in zijn algemeenheid voor alle appèlrechtspraak geldt, staat echter niet zonder meer vast, omdat het desbetreffende oordeel van het Hof in hoge mate samenhangt met de omstandigheden van het geval.

Voor het overige laat het internationale recht aan het nationale procesrecht omtrent de omvang van het geding (in hoger beroep) nogal wat ruimte voor eigen nationale keuzes.

2.4 **BEGINSELEN VAN PROCESRECHT EN DE OMVANG VAN GEDING IN (HOGER) BEROEP**

2.4.1 *Inleiding*

Voor rechtspraak, ook in hoger beroep, geldt een aantal algemene beginselen van behoorlijk procesrecht. Deze worden ook wel aangeduid als beginselen van behoorlijke rechtspleging. Voor een groot deel zijn deze beginselen gepositieerd in artikel 6 EVRM. Ook los daarvan en met name ook buiten de reikwijdte van deze bepaling hebben deze beginselen in een rechtsstaat, die geregeerd wordt door de *rule of law*, echter gelding. Hierna worden de belangrijkste beginselen voor de omvang van het geding in hoger beroep op een rij gezet. Daarbij wordt tevens bekeken welke kwaliteitscriteria hieruit kunnen worden afgeleid. Tevoren kan reeds worden opgemerkt dat bij het verdedigingsbeginsel met name de zorgvuldigheid van het proces vooropstaat, terwijl bij de andere beginselen ook overwegingen van proceseconomie een rol spelen.

2.4.2 Verdedigingsbeginsel (eerlijk proces)

Het waarschijnlijk belangrijkste algemene beginsel van procesrecht is het verdedigingsbeginsel.⁴⁵ Het beginsel is als vereiste van *fair trial* (eerlijk proces) in artikel 6 EVRM gepositieerd. Het geldt voorts als algemeen communautair rechtsbeginsel.⁴⁶ Aan het verdedigingsbeginsel kunnen twee aspecten worden onderscheiden. In de eerste plaats is dat het vereiste van hoor en wederhoor of *equality of arms*: partijen moeten gelijke kansen hebben om hun standpunten voor de (appèl)rechter naar voren te brengen. In de tweede plaats eist het beginsel dat partijen goede en voldoende kansen hebben om de rechter te overtuigen (vereiste van *quantity of arms*). Een groot aantal bepalingen van het Awb-procesrecht kan met een van beide aspecten van het verdedigingsbeginsel in verband worden gebracht. Uit het beginsel kunnen diverse deeleisen worden afgeleid. Voor de (appèl)rechtspraak zijn de belangrijkste:

- partijen dienen informatie te ontvangen over hetgeen waartegen men zich te weer moet stellen;
- partijen moeten het recht hebben om de rechter informatie met betrekking tot de zaak te verschaffen;
- er dient voldoende gelegenheid te zijn voor de voorbereiding van de verdediging van het eigen standpunt, alsook om zich te kunnen verweren tegen het standpunt van de wederpartij;
- de processuele mogelijkheden van de ene partij dienen in evenwicht te zijn met die van de andere partij, zowel kwantitatief als kwalitatief;
- de rechter mag zijn oordeel uitsluitend baseren op feiten en rechtsgronden die in het proces ter discussie hebben gestaan.

Voor de problematiek van de omvang van geding in hoger beroep levert het verdedigingsbeginsel diverse gezichtspunten op. Zo kan op basis van het *quantity of arms-aspect* van het beginsel de wenselijkheid worden verdedigd van het in ruime mate toestaan van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep. Alsdan moeten vanwege het *equality of arms-aspect* van het beginsel voor de wederpartij(en) wel voldoende mogelijkheden bestaan om zich hiertegen te verweren. Mede daarom kan in drie- of meerpartijengeschillen terughoudendheid ten aanzien van het toelaten van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep passend zijn, in het bijzonder wanneer niet vaststaat dat alle oorspronkelijk belanghebbenden nog aan het geding in hoger beroep deelnemen. Het is immers goed denkbaar dat diverse partijen aan het geding in eerste aanleg, gegeven het oordeel van de eerste-instantierechter over de in eerste aanleg ingebrachte gronden, niet in hoger beroep zijn gegaan.

Een voor de omvang van het geding (in hoger beroep) belangrijke vraag is, hoe het verdedigingsbeginsel zich verhoudt tot het uitgangspunt van ongelijkheidscompensatie. Zoals bekend, is ongelijkheidscompensatie ten gunste van de bur-

45. De Waard 1987, p. 245-329.

46. Gerrits-Janssens 1998, p. 187-198.

ger-partij een van de specifieke kenmerken van het bestuursprocesrecht.⁴⁷ Het manifesteert zich onder meer in de actieve houding van de rechter ten aanzien van het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden en feiten. Hoewel er op het eerste gezicht een zekere spanning lijkt te bestaan tussen deze taak van de bestuursrechter enerzijds en het verdedigings- en wellicht ook het onpartijdigheidsbeginsel anderzijds, is hiervan – naar onze opvatting – in algemene zin geen sprake. Het bestuursproces is een rechtsgang waarbij de beslechting van een geschil tussen twee principieel ongelijkwaardige partijen aan de orde is.⁴⁸ Alleen bestuursorganen kunnen immers besluiten met openbaar gezag nemen en daarmee eenzijdig recht scheppen waaraan de burger is gebonden. Daarnaast is er doorgaans ook sprake van feitelijke ongelijkheid, omdat de rechtzoekende burger als *one-shooter* staat tegenover de overheid als *repeat-player*. Gegeven deze dubbele ongelijkheid staat een zekere compensatie door de rechter niet op gespannen voet met het verdedigingsbeginsel, maar draagt het juist bij aan de verwezenlijking van dit beginsel, namelijk aan het daadwerkelijk bereiken van gelijke kansen.

Wel kan de toepassing van ongelijkheidscompensatie op grond van het verdedigingsbeginsel op twee manieren worden gerelativeerd. In de eerste plaats is er – aldus ook de wetgever – voor ongelijkheidscompensatie minder reden naarmate de feitelijke ongelijkheid minder groot is.⁴⁹ Wanneer bijvoorbeeld een kleine gemeente staat tegenover een groot bedrijf, is er voor de rechter minder reden om ten gunste van het bedrijf actief feitenonderzoek te verrichten.⁵⁰ In de tweede plaats zal de rechter in drie- of meerpartijengeschillen terughoudend moeten omgaan met het toepassen van ongelijkheidscompensatie. Alsdan kan de compensatie ten gunste van de ene burger-partij in diens relatie met de overheid immers ten koste gaan van de andere burger-partij.

2.4.3 *Redelijke termijn en finaliteit*

Een beginsel waarvan het belang de laatste jaren steeds meer wordt erkend, is het finaliteitsbeginsel.⁵¹ Op grond hiervan dient de rechter, voorzover dat in zijn vermogen ligt, een zaak zodanig te beslechten dat er daadwerkelijk een eind komt aan het geschil. Finale geschillenbeslechting impliceert daarmee voorts, dat geschillen zoveel mogelijk materieel worden beslecht. Vernietiging op uitsluitend formele gronden is vanuit deze optiek minder gewenst, omdat de materiële meningsverschillen na herstel van de formele fouten waarschijnlijk opnieuw aan de rechter zullen worden voorgelegd. Vernietiging op formele gronden is echter niet altijd te vermijden. Soms liggen de feiten nog zo onduidelijk dat de rechter geen inhoudelijk oordeel kan geven.

47. Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, p. 37.

48. Onder meer: Schlössels 1999, p. 1-26, i.h.b. p. 26.

49. Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, p. 37.

50. De burgerlijke rechter houdt in schadevergoedingszaken rekening met de deskundigheid van partijen. Hoe groter de deskundigheid van de burgerpartij, des te meer gaat de Hoge Raad uit van medeschuld aan de kant van de burgerpartij. Zie HR 15 juni 1976, AB 1979, 528, m.nt. JRS (Caldenbroich-Grubbenvorst).

51. Allevijn 1998, p. 291 e.v.; Van der Veen 1995, p. 147 e.v.

Het finaliteitsbeginsel heeft alles te maken met het adagium *litis finiri oportet*. Daarnaast hangt het nauw samen met het in artikel 6 EVRM gepositieerde beginsel van de redelijke termijn.⁵² Zoals bekend, stelt dit beginsel de eis dat de beslechting van een geschil, vanaf de verplichte voorprocedures (bezwaar of administratief beroep) tot en met de executie van de uitspraak van de rechter in hoogste instantie (in de bestuursrechtspraak: de beide appèlrechters) binnen een redelijke termijn moet plaatsvinden.⁵³ Welke termijn als 'redelijk' moet worden aangemerkt, kan niet in algemene zin worden vastgesteld, omdat dit afhangt van de omstandigheden van het geval. De factoren die daarbij in overweging moeten worden genomen, zijn de complexiteit van de zaak, het gedrag van de klager en het gedrag van de bestuurlijke en justitiële autoriteiten. Wel zal het duidelijk zijn, dat een op finale geschillenbeslechting gerichte aanpak van de rechter (in hoger beroep) in hoge mate kan bijdragen aan het in acht nemen van het redelijke-termijnvereiste. Juist in de bestuursrechtspraak is het belang van een dergelijke aanpak groot, omdat de uitspraak van de (appèl)rechter veelal niet het einde van het geschil zal zijn. Wanneer een besluit door de rechter wordt vernietigd, wordt de zaak immers doorgaans terugverwezen naar het bestuur, dat opnieuw in de zaak moet voorzien. Vervolgens bestaat opnieuw de mogelijkheid van beroep (en hoger beroep).

In het Awb-procesrecht zijn diverse voorzieningen opgenomen die in verband staan met het beginsel van de redelijke termijn en het finaliteitsbeginsel. Gewezen kan worden op de diverse termijnbepalingen, op de rechterlijke bevoegdheid om zelf te voorzien, op de voorziening voor het passeren van formele gebreken (art. 6:22 Awb) en op de mogelijkheid om de gevolgen van een vernietigd besluit in stand te laten. Wat betreft het hoger beroep, kan worden gewezen op het uitgangspunt dat de appèlrechter de zaak in de regel zelf afdoet – terugverwijzing naar de eerste instantie kan alleen in uitzonderingssituaties – alsmede op de bevoegdheid om de uitspraak van de rechtbank te bevestigen met verbetering van gronden. Ten slotte stellen het finaliteitsbeginsel en het beginsel van de redelijke termijn beperkingen aan het pas op een laat moment in de procedure – bijvoorbeeld in appèl – aanvoeren van nieuwe gronden en argumenten.⁵⁴ Dit kan immers leiden tot een verlenging van de procedure, die had kunnen worden voorkomen indien partijen hun kaarten in een eerder stadium op tafel hadden gelegd. Hoever deze beperkingen precies gaan, volgt overigens niet zonder meer uit beide beginselen.

2.4.4 *Beginsel van goede procesorde*

Een beginsel dat met name in de rechtspraak veelvuldig opduikt, is het beginsel van een goede procesorde. Dit beginsel is niet als zodanig te vinden in artikel 6

52. Schlössels 1999, p. 4-5.

53. Klap & Widdershoven 1998, p. 191-200; Jansen 2000. Zie voor de verplichte voorprocedure als beginpunt van de redelijke termijn, EHRM 28 juni 1978, Series A, Vol. 27 (König), alsmede EHRM 9 december 1994, JB 1995, 49, m.nt. AWH (Schouten/Meldrum). Zie voor de executie van uitspraak van de bestuursrechter als eindpunt, EHRM 19 maart 1997, JB 1997, 98, m.nt. AWH (Hornsby).

54. Schreuder-Vlasblom 1999b, p. 780-793.

EVRM. Wel wordt het door het Hof van Justitie erkend als een procesrechtelijk beginsel waardoor een beperking van de omvang van het geding in eerste aanleg of appèl kan worden gerechtvaardigd.⁵⁵ Bovendien zijn aspecten van het beginsel opgenomen in het Awb-procesrecht. Te denken valt aan artikel 8:58 en 8:60 Awb. Het beginsel van goede procesorde streeft het bereiken van evenwicht na tussen enerzijds het verdedigingsbeginsel en anderzijds effectiviteitsoverwegingen, die voortvloeien uit het finaliteitsbeginsel en het beginsel van redelijke termijn.⁵⁶ Op grond van de goede procesorde is bijvoorbeeld het inbrengen van nieuwe stukken ter zitting problematisch. Vanwege het goede-en-voldoende-kansenaspect van het verdedigingsbeginsel zou het nieuwe stuk wellicht in de rechterlijke beoordeling moeten worden betrokken. Alsdan zou wel in verband met het vereiste van hoor en wederhoor de zaak moeten worden aangehouden voor nader onderzoek en om de wederpartij(en) in de gelegenheid te stellen zich op het nieuwe punt voor te bereiden. Dit kan echter in strijd zijn met eisen die om redenen van effectiviteit en finaliteit aan het proces mogen worden gesteld. In dergelijke situaties biedt het beginsel van goede procesorde in principe een maatstaf om het juiste evenwicht te vinden.

Problematisch is wel dat het formuleren van concrete criteria die in het kader van deze afweging moeten worden getoetst, nogal lastig is. Of en waarom in een bepaald geval het verdedigingsbeginsel al dan niet moet prevaleren boven de eisen van redelijke termijn en finaliteit, is lang niet altijd duidelijk. De rechter kan met het beginsel in de hand een beperkte begrenzing van de omvang van geding beargumenteren, zoals het verbod om ter zitting nog nieuwe stukken in te brengen. Hij kan hierop echter ook een verdergaande beperking funderen, zoals het verbod om in (hoger) beroep nog nieuwe gronden of argumenten in te brengen. Bij deze keuze lijkt de functie die men aan de bestuursrechtspraak (in appèl) toekent, van belang, alsmede de aard van het geschil. Zo is het denkbaar dat in drie- of meerpartijengeschillen de afweging anders uitvalt dan in tweepartijengeschillen.

Wat hier ook van zij, de toepassing van het beginsel in de rechtspraak is tot nu toe divers. Een belangrijke vraag in het onderzoek is om, op basis van de rechtspraak van de appèlcolleges, meer duidelijkheid te krijgen over de inhoud van het beginsel van goede procesorde. In paragraaf 4.6 wordt op het beginsel teruggekomen.

2.4.5 Conclusie

Overziet men het voorafgaande, dan kan in de eerste plaats worden vastgesteld dat de diverse beginselen van behoorlijk procesrecht criteria bieden voor de problematiek van de omvang van geding in hoger beroep. Tegelijkertijd is ook duidelijk dat deze criteria niet altijd keihard zijn en al evenmin steeds dezelfde kant uitwijzen. Grosso modo kan men stellen dat het verdedigingsbeginsel met name argumenten biedt om de omvang van het geding in hoger beroep niet (verre gaand) te beperken, het finaliteitsbeginsel en het beginsel van de redelijke ter-

55. Zie paragraaf 3.3, met verwijzingen naar de zaken Van Schijndel en Peterbroeck.

56. De Waard 1987, p. 113-115.

mijn juist (proceseconomische) argumenten opleveren voor verdergaande beperking, terwijl het beginsel van goede procesorde in principe weliswaar een maatstaf beoogt te bieden om een goede afweging te kunnen maken tussen beide voorgaande beginselen, maar dat de precieze inhoud van dit beginsel niet zonder meer duidelijk is. Een factor die daarbij (wederom) van belang is, is de primaire functie die men aan het hoger beroep toekent.

2.5 UITGANGSPUNTEN VAN HET AWB-PROCESRECHT EN DE OMVANG VAN GEDING IN HOGER BEROEP

Het uniforme procesrecht van de Awb kent enige uitgangspunten die ook van belang zijn voor de problematiek van de omvang van het geding in hoger beroep.⁵⁷ In het vervolg wordt bekeken in hoeverre hieruit criteria kunnen worden afgeleid voor de kwaliteit daarvan.

2.5.1 Rechtsbeschermingsfunctie

De primaire doelstelling van het Awb-procesrecht is het *verlenen van rechtsbescherming*. Het procesrecht moet een adequaat kader bieden voor het bindend beslechten van een rechtsgeschil in de verhouding tussen burger en bestuursorgaan. De keuze heeft tot gevolg dat instrumenten van procesrecht die uitsluitend dienstbaar zijn aan de pre-Awb-doelstelling van het bestuursrecht, het handhaven van het objectieve publiekrecht, in het Awb-procesrecht niet meer terugkeren. Daarom geldt voor de rechter een verbod van *ultra petita* gaan, alsook van het opleggen van een *reformatio in peius*. In algemene zin is hetgeen partijen met het geschil wensen te bereiken maatgevend voor de omvang van het geding, zowel in beroep als in hoger beroep. Aldus wordt de omvang van het geding (ook in hoger beroep) bepaald door partijen. Binnen het door hen begrensde geschil vult de appèlrechter ambtshalve de rechtsgronden aan en kan hij de feiten aanvullen. In zoverre is er sprake van partij-autonomie.

Discussie bestaat over de vraag hoever deze begrenzing van het geding door de wensen van partijen nu precies gaat. Deze discussie betreft overigens niet de beperking tot bepaalde onderdelen van een besluit. Wanneer partijen uitsluitend problemen hebben met een bepaald onderdeel van een besluit – bijvoorbeeld alleen met een bepaald vergunningvoorschrift – en dit onderdeel kan worden gesoleerd van de rest van het besluit, dan zal de rechter zijn beoordeling in beginsel tot dit onderdeel moeten beperken. Discussie bestaat evenmin over de vraag of de vordering van partijen het geding kan beperken. Een bevestigend antwoord volgt immers direct uit het verbod van *ultra petita*. Wanneer bijvoorbeeld het hoger beroep van een partij uitsluitend is gericht tegen het onderdeel van een uitspraak betreffende de proceskosten of schadevergoeding, dan dient de appèlrechter zijn beoordeling in beginsel hiertoe te beperken.

Waar de meningen uiteenlopen, is bij de vraag of ook de door partijen aangevoerde gronden het geding (in hoger beroep) kunnen beperken. Op dit punt wor-

57. Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, p. 35-38.

den uiteenlopende opvattingen verdedigd, waarbij de mate waarin de rechter ambtshalve moet toetsen, nogal verschilt. Sommigen bepleiten een strikte beperking tot de door partijen aangevoerde gronden, anderen zien alleen de vordering als beperkende factor en weer anderen verdedigen een tussenstandpunt.⁵⁸ Opmerkelijk in de discussie is dat deze uiteenlopende standpunten alle worden verdedigd met een verwijzing naar de rechtsbeschermingsfunctie. Sommigen stellen dat uit deze functie voortvloeit dat de omvang van het geding beperkt is tot door partijen aangevoerde gronden, omdat uit deze gronden zou blijken waarom de burger de rechter om bescherming vraagt. Anderen stellen daarentegen dat de rechter met het oog op de rechtsbeschermingsfunctie de omvang van het geding heel ruim moet opvatten, omdat bij de meeste burgers geen sprake zou zijn van een doelbewuste beperking van de omvang van geding door de ingebrachte gronden. In verreweg de meeste gevallen is de vordering vernietiging van het bestreden besluit en zou de rechter alle rechtsgronden die daartoe bijdragen, ambtshalve moeten aanvullen.

Voor het bepalen van de meest wenselijke omvang van het geding (in hoger beroep) is de rechtsbeschermingsfunctie daardoor op zichzelf een weinig bruikbare maatstaf. In feite kan uit deze functie alleen worden afgeleid, dat het geding tot op zekere hoogte wordt beperkt door de wensen van partijen.

2.5.2 'Sociale' karakteristieken

Verder kent de bestuursrechtspraak een aantal karakteristieken die in meer of mindere mate samenhangen met het 'sociale gezicht' van de bestuursrechtspraak. Wij vatten ze hier samen onder het begrip sociale karakteristieken.

Eerst en vooral is van belang dat de bestuursrechter een *actieve rechter* is, die binnen het door partijen begrensde geding op zoek gaat naar de *materiële waarheid*. Daartoe is hij verplicht ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen en kan hij ambtshalve de feiten aanvullen. Het uitgangspunt van *ongelijkheidscompensatie* biedt daarbij een leidraad. Voor de toepassing van dit uitgangspunt kan worden verwezen naar paragraaf 2.4.2. Kort en goed kwam het erop neer dat ongelijkheidscompensatie door de rechter ten gunste van de burger in zijn algemeenheid kan bijdragen aan de verwerkelijking van het verdedigingsbeginsel. Voor compensatie is echter minder aanleiding wanneer de feitelijke ongelijkheid tussen burger en bestuur minder groot is, alsmede in drie- of meerpartijengeschillen. Wat betreft de ambtshalve activiteiten, geldt dat de hoger-beroepsrechter deze – uiteraard binnen de grenzen van het geding in hoger beroep – op dezelfde wijze dient te verrichten als de rechter in eerste aanleg. Wel past voor het feitenonderzoek in hoger beroep de – door de wetgever aangebrachte – relativering die in paragraaf 2.3 reeds is gemeld.⁵⁹

Volgens de regering zal in hoger beroep een feitenonderzoek lang niet altijd nodig zijn: "Wanneer tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep wordt ingesteld

58. Vgl. Allewijn 1998, p. 291-298, die een stelsel verdedigt waarin de rechter materiële bezwaren ambtshalve aanvult, maar voor formele bezwaren uitgaat van de 'grievens' van appellant.

59. MVA II, PG Awb II, p. 195-196.

(...), krijgt de appèlrechter een zaak voorgelegd waarin de relevante feiten doorgaans vaststaan. Dan kan de afdoening in hoger beroep sober blijven, zodat ook de appèlrechtspraak snel beschikbaar kan zijn".

Een tweede 'sociale' karakteristiek van het Awb-procesrecht die hier wordt vermeld, is de *laagdrempeligheid*. Voor het hoger beroep zijn – volgens de MvT – in dit verband met name van belang de eenvoudige rechtsingang, het niet voorschrijven van verplichte procesvertegenwoordiging en de betrekkelijk informele procedure.⁶⁰ Een te formele aanpak van de problematiek van de omvang van geding in hoger beroep is met het oog hierop minder wenselijk.

2.6 BEVINDINGEN

In het voorafgaande is vanuit vier invalshoeken gezocht naar kwaliteitscriteria voor het bepalen van de omvang van geding in (hoger) beroep in bestuurszaken. Deze zoektocht heeft – zoals in paragraaf 2.1 al aangekondigd – diverse relevante afwegingsfactoren opgeleverd, maar weinig harde eisen.

Vastgesteld is dat de omvang van het geding in (hoger) beroep maar in beperkte mate wordt bepaald door harde eisen van internationaal recht. De meest harde eisen kunnen waarschijnlijk worden gesteld vanuit de eis van *full jurisdiction* ingevolge artikel 6 EVRM (par. 2.3). In het algemeen laat het internationale recht echter ruimte voor een eigen nationale keuze.

De belangrijkste factor bij het maken van deze keuze is de primaire functie die men aan het hoger beroep toekent: staat de herkansingsfunctie voorop of prevaleren de controlefunctie en de rechtseenheidsfunctie (par. 2.2). Daarnaast moet elke keuze voldoen aan het verdedigingsbeginsel en moet zij geen overwegende (proceseconomische) bezwaren ontmoeten vanuit overwegingen van redelijke termijn, finaliteit en goede procesorde (par. 2.4). Ten slotte wordt de keuze bepaald door de mate waarin men de 'sociale' karakteristieken van de bestuursrechtspraak tot hun recht wil laten komen (par. 2.5.2).

60. Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, p. 38.

3 Toegang tot het hoger beroep

3.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk worden twee kwesties besproken, die in verband staan met de toegang tot het hoger beroep. In de eerste plaats is dat de principiële vraag wat het object van geding is in hoger beroep: is dat de uitspraak van de rechter in eerste aanleg of het in eerste aanleg bestreden besluit? Hierop wordt in paragraaf 3.2 ingegaan. In de tweede plaats wordt in paragraaf 3.3 aandacht besteed aan het procesbelang in hoger beroep. Daarbij komt een vraag aan de orde als: heeft een appellant nog procesbelang bij het hoger beroep wanneer het besluit in eerste aanleg op een bepaalde grond is vernietigd, maar een andere door hem aangevoerde grond is verworpen? Bovendien wordt aandacht besteed aan de appellabiliteit van overwegingen ten overvloede.

3.2 OBJECT VAN GEDING IN HOGER BEROEP

3.2.1 *Inleiding*

Een van de kernkwesties van het onderzoek is het object van geding in hoger beroep. Is dat de uitspraak van de rechter in eerste aanleg of het in eerste aanleg bestreden besluit? De visie op deze kwestie kan – althans volgens sommigen – verstrekkende consequenties hebben voor de omvang van het geding in hoger beroep.

Gaat men uit van de eerste opvatting, dan is de uitspraak van de rechtbank het uitgangspunt van beoordeling en beziet de appèlrechter of de beslechting van het geding in eerste aanleg verbetering, aanvulling of verdieping behoeft. Is dat niet zo, dan bevestigt hij de uitspraak van de eerste rechter met instemming. Is dat wel zo, dan verricht de appèlrechter een nadere beoordeling. De beoordeling door de appèlrechter geschiedt uitgaande van de – mede door de aangevoerde gronden en argumenten bepaalde – omvang van geding in eerste aanleg. Voor het aanvoeren van nieuwe gronden en argumenten in appèl is in deze opvatting minder ruimte. In de tweede opvatting – het in primo bestreden besluit is (ook) object van geding in appèl – wordt, enigszins gechargeerd, de uitspraak van de rechtbank opzij gelegd en wordt het bestreden besluit beoordeeld aan de hand van hetgeen partijen daarover in appèl aanvoeren. Dit kunnen ook nieuwe gronden en argumenten (bewijs) zijn. Strookt de beoordeling van de appèlrechter met die van de rechtbank, dan wordt laatstgenoemde uitspraak bevestigd; zo niet, dan wordt deze vernietigd.

Hierna wordt het onderhavige vraagstuk nader bestudeerd aan de hand van de jurisprudentie, literatuur, interviews en dossieronderzoek.

3.2.2 *Jurisprudentie*

De benadering van beide appèlcolleges van de onderhavige kwestie loopt uiteen.¹ Terwijl de ABRS principieel kiest voor de opvatting, dat de uitspraak in eerste aanleg object van geding in appèl is, neemt de CRvB geen principieel standpunt in en wordt feitelijk in diverse uitspraken het in primo bestreden besluit als object van appèl beschouwd.

De opvatting van de Afdeling is duidelijk verwoord in een uitspraak van 3 april 2000, waarin valt te lezen:² 'De Afdeling stelt voorop dat in hoger beroep voor eerst de uitspraak van de rechtbank ter toets staat.' Deze opvatting kon overigens reeds uit eerdere rechtspraak worden afgeleid. Vrijwel altijd is de uitspraak van de rechtbank in meer of mindere mate het aanknopingspunt voor de overwegingen van de Afdeling, zij het dat deze lijn duidelijker naar voren komt wanneer een vernietigende eerste uitspraak ter beoordeling staat dan wanneer een ongegrondverklaring wordt aangevochten.³ Frases als 'terecht heeft de rechtbank overwogen' of 'anders dan de rechtbank is de Afdeling daarom van oordeel', komt men dan ook steeds tegen. In feite biedt de aanhef van iedere appèluitspraak van de Afdeling reeds een aanwijzing voor haar opvatting. Hierin valt namelijk te lezen dat het gaat om: (de) uitspraak op het hoger beroep van appellanten (in appèl) tegen de uitspraak van de arrondissementsrechtbank te (zittingsplaats) van (een bepaalde datum) in het geding tussen appellanten (in eerste aanleg) en een bestuursorgaan. Object van appèl is derhalve de aangevochten uitspraak in eerste aanleg.

De consequentie van de door de Afdeling op dit punt gehuldigde opvatting, te weten dat het maar in beperkte mate mogelijk is om in appèl nieuwe gronden en argumenten naar voren te brengen (die niet zijn ingebracht in eerste aanleg), komt goed naar voren in de hiervoor genoemde uitspraak van 3 april 2000.

Voorzover relevant stond in appèl ter beoordeling de ongegrondverklaring door de rechtbank Roermond van het beroep van een bedrijf tegen de zijns inziens te lage vergoeding van deskundigenkosten en de kosten van rechtsbijstand in een nadeelcompensatieprocedure. Het oordeel van de rechtbank was gebaseerd op het feit dat het bedrijf zijn schadeclaims onvoldoende had onderbouwd met bewijsstukken (declaraties, specificaties). In appèl werden deze stukken alsnog overlegd. De Afdeling stelde – als gezegd – 'voorop dat in hoger beroep vooreerst de uitspraak van de rechtbank ter toets staat', stelde vervolgens vast dat de door het bedrijf geclaimde bedragen in de procedure bij de rechtbank niet waren onderbouwd en concludeerde: 'Aangezien de rechtbank op dit punt tot een juist oordeel is gekomen, kunnen de in hoger beroep overlegde specificaties, daargelaten in hoeverre deze zien op kosten die in het kader van de schadevaststelling zijn gemaakt, niet leiden tot toekenning van een hogere vergoeding.'

1. Vgl. Schreuder-Vlasblom 1999b, p. 790-793, alsmede 2001a, p. 252-260.

2. AB 2000/222, m.nt. MSV.

3. Zie Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 251-255 voor een meer gedetailleerde beschouwing over deze problematiek.

Kort en goed, in casu kon appellant in appèl geen nieuwe bewijsstukken van zijn stellingen meer inbrengen. Daarbij was wel van belang dat de gebrekkige onderbouwing van het schadeverzoek reeds aan de orde was gekomen in de bestuurlijke fase en dat appellant in de procedure bij de rechter in eerste aanleg zijn toezegging in het beroepsschrift om nadere bewijsstukken in te brengen niet was nagekomen.

De hier verwoorde lijn, dat in appèl slechts in beperkte mate nieuwe gronden en argumenten (bewijs) naar voren kunnen worden gebracht, ziet men terug in diverse andere uitspraken van de Afdeling, zij het dat deze daarin doorgaans wordt beargumenteerd met een verwijzing naar de goede procesorde. Daarnaast zijn er overigens ook uitspraken waarin de Afdeling nieuwe argumenten of bewijs en ook nieuwe gronden in appèl wel toelaat. Al deze uitspraken worden uitvoerig besproken in par. 4.5.

De koers van de CRvB was in het verleden duidelijk. Zoals veelal expliciet werd vermeld in de uitspraak, stond (ook) in appèl de vraag centraal of het in primo bestreden besluit in rechte stand kon houden, zelfs als het besluit in eerste aanleg was vernietigd. In de appèluitspraak werden de overwegingen in de eerste uitspraak niet of nauwelijks betrokken.

In de loop van de jaren is deze opvatting gaan schuiven in de richting van een meer uitdrukkelijke beoordeling van de eerste uitspraak. Echt eenduidig is de nieuwe koers echter niet. Weliswaar komt men de frase dat in appèl de vraag centraal staat of het in primo bestreden besluit in rechte stand kan houden, beduidend minder vaak tegen,⁴ er zijn echter nog steeds uitspraken van de CRvB waarin dat besluit wordt beoordeeld zonder dat enige aandacht wordt besteed aan de overwegingen van de eerste rechter. Daartegenover staan uitspraken waarin de overwegingen van de rechtbank uitvoerig worden geparafraseerd of zelfs geciteerd, waarna deze na uitvoerige beoordeling aan de hand van de aangevoerde gronden worden onderschreven, afgewezen of aangevuld. Tussen deze uitersten liggen vele varianten, bijvoorbeeld de variant dat een bepaald onderdeel van de uitspraak van de eerste rechter wel als aanknopingspunt voor de appèlbeoordeling fungeert, terwijl de CRvB op andere onderdelen een beoordeling los van de eerste uitspraak verricht. Een principiële uitspraak waarin de Centrale Raad zich 'bekeert' tot een van beide opvattingen – zoals de genoemde Afdelingsuitspraak van 3 april 2000 – kan in de rechtspraak van de Raad niet worden aangetroffen. Ook uit de aanhef van de appèluitspraken van de Raad blijkt geen duidelijke voorkeur, nu daarin alleen wordt vermeld dat het gaat om: (de) uitspraak in het geding tussen appellant in appèl (afhankelijk van wie hoger beroep heeft ingesteld, de burger of het bestuursorgaan) en gedaagde in appèl (bestuursorgaan of burger). Het object van het geding wordt in het midden gelaten.

In het verlengde van het voorafgaande kan verder worden vastgesteld dat de CRvB ook wanneer hij feitelijk de uitspraak in eerste aanleg als aanknopingspunt voor beoordeling aanmerkt, daarin op zichzelf geen reden ziet voor het niet of

4. Helemaal verdwenen is deze frase nog niet getuige recente uitspraken als CRvB 11 augustus 1999, RSV 241; CRvB 4 oktober 2000, RSV 2001, 2, alsmede CRvB 7 november 2000, RSV 2001, 22.

slechts in beperkte mate toelaten van nieuwe gronden of argumenten in appèl. In paragraaf 4.5 wordt nog uitvoerig op deze kwestie ingegaan. Op deze plaats kan reeds worden opgemerkt dat de CRvB in algemene zin minder problemen heeft met het accepteren van nieuwe gronden en argumenten in appèl dan de Afdeling.

3.2.3 Literatuur

In de literatuur ziet men de tweedeling in standpunten die in paragraaf 3.2.1 reeds is gesignaleerd, terug. Daarnaast wordt door sommigen een tussenstandpunt verdedigd. De ingenomen standpunten hangen nauw samen met de functie van hoger beroep die men centraal stelt. Bij hen die het in primo bestreden besluit als object aanmerken, neemt de herkansingsfunctie een dominante plaats in. De voorstanders van de uitspraak in eerste aanleg als object van hoger beroep menen dat de herkansingsfunctie in het bestuursrechtelijk hoger beroep niet volledig kan worden gerealiseerd, maar dat het belang van partijen bij deze functie moet worden afgewogen tegen het belang van de andere functies van hoger beroep (bevorderen rechtseenheid, controle), alsmede tegen overwegingen van proceseconomie en redelijke termijn.

De meest uitgesproken voorstander van de opvatting, dat de uitspraak in eerste aanleg het object van geding in appèl is, is ongetwijfeld Schreuder-Vlasblom. In diverse publicaties noemt zij voor haar standpunt argumenten van principiële en praktische aard.⁵

In de eerste plaats is er het wetstechnische argument, dat deze opvatting steun vindt in de tekst van de wettelijke appèlbepalingen. Volgens artikel 37, eerste lid WRvS, artikel 18, eerste lid, Beroepswet en artikel 20, eerste lid, Wet brb kunnen belanghebbenden hoger beroep instellen tegen de uitspraak van de rechtbank. De uitspraak is derhalve het object van het hoger beroep. Overigens erkent Schreuder-Vlasblom, dat aan de toelichting op deze bepalingen argumenten voor een andersluidende opvatting kunnen worden ontleend.⁶ Hieraan wordt in het vervolg aandacht besteed.

In de tweede plaats wordt haar opvatting geschraagd door een aantal samenhangende meer principiële argumenten, die te maken hebben met de bevordering van de kwaliteit van de rechtspraak, de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid:

- Door in de appèlrechtspraak de procedure voor en de rechtsoverwegingen van de eerste rechter centraal te stellen, wordt bijgedragen aan het debat tussen rechtbanken en appèlrechter en daarmee aan de rechtsontwikkeling en rechtseenheid.
- Door deze benadering wordt de procedure in eerste aanleg geoptimaliseerd, hetgeen bijdraagt aan het gezag van de rechtbanken en de kwaliteit van de rechtspraak.

5. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 251-260; zie ook 1998a, p. 118, alsmede 1999b, p. 789-795.

6. Vergelijk haar noot onder ABR 3 april 2000, AB 2000/222.

- Doordat in deze benadering de herkansingsmogelijkheden in appèl beperkt zijn (zie hierna), wordt de instroom van zaken in hoger beroep afgeremd, hetgeen noodzakelijk is om de rechtseenheidsfunctie van het bestuursrechtelijk appèl tot zijn recht te laten komen.

In de derde plaats zijn er proceseconomische argumenten. Het aanmerken van de bestreden uitspraak als object van hoger beroep stimuleert een rechtspraktijk waarin partijen zich ervan bewust zijn dat de procedure in eerste aanleg optimaal moet worden gevoerd, en bevordert aldus de behoorlijke procesorde en proces-economie.

In de vierde en laatste plaats kan het aanmerken van de uitspraak in eerste aanleg als object van geding noodzakelijk zijn in verband met ontvankelijkheidskwesties, bijvoorbeeld indien het beroep in eerste aanleg niet-ontvankelijk is verklaard. Daaraan kan worden toegevoegd dat deze benadering ook noodzakelijk is om procedurele gebreken in de eerste aanleg op het spoor te komen.

De belangrijkste consequentie van de hier verwoorde opvatting is, zoals reeds opgemerkt, dat de mogelijkheid om in appèl verzuimen te herstellen (de herkansingsfunctie), wordt beperkt. Het aanvechten van andere onderdelen van het besluit dan in primo, het aanvoeren van andere gronden of frontveranderingen in de bewijsvoering (argumenten) zijn niet zonder meer mogelijk, maar behoeven een bijzondere rechtvaardiging.⁷ Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan nieuwe ontwikkelingen, aan het feit dat gegevens pas later beschikbaar zijn gekomen of aan onverwachte wendingen in de procedure van eerste aanleg waarop men niet tijdig kon inspelen. Zie over deze problematiek meer uitvoerig paragraaf 4.5.

De meest principiële voorstanders van de opvatting dat (ook) in appèl het in primo bestreden besluit object van geding is, zijn waarschijnlijk Tak en De Bock.⁸ Volgens laatstgenoemde wordt ook in hoger beroep in essentie een oordeel gegeven over de rechtmatigheid van het (in eerste aanleg bestreden) besluit. De enige grief daartegen kan volgens haar dan ook zijn: ik ben het niet eens met de vernietiging of instandhouding van dit besluit door de eerste rechter. Tak erkent weliswaar dat de uitspraak van de rechtbank formeel object van hoger beroep is, materieel is dat echter de door het in eerste aanleg betwiste besluit geregelde materie, voorzover die na de uitspraak van de eerste rechter nog ter discussie staat.

Een eerste en belangrijk argument voor hun opvatting kan worden ontleend aan de toelichting op de wettelijke beroepsbepalingen. In de MvT wordt met zoveel woorden gesteld, dat het hoger beroep weliswaar is gericht tegen de bestreden uitspraak van de rechtbank, maar dat ook in appèl de vraag centraal staat of het in eerste aanleg bestreden besluit al dan niet rechtmatig is.⁹

Het tweede argument is dat aldus de – huns inziens – belangrijkste functie van het hoger beroep, de herkansingsfunctie, volledig tot zijn recht komt. Volgens hen moet de tweede kans bij de appèlrechter een volle kans zijn, een 'echte

7. Schreuder-Vlasblom 1999b, p. 789-795; idem 2001a, p. 256.

8. Tak 1998, p. 210; De Bock 1999, p. 1155.

9. Kamerstukken II 1991/92, 22 495, nr. 3, MvT, p. 173.

replay'.¹⁰ motieven, grieven, feiten et cetera ten aanzien van het object in hoger beroep moeten geheel origineel of in bijgestelde vorm kunnen worden aangevoerd. Daaraan wordt nog toegevoegd dat effectuering van de herkansingsfunctie juist in het bestuursrechtelijk appèl essentieel is vanwege het ontbreken van een verplichte procesvertegenwoordiging. Het is tenminste ongerijmd om een zonder advocaat procederende burger in het bestuursrechtelijk appèl de mogelijkheid van herstel van verzuimen te onthouden, terwijl in het civiele appèl de met advocaat procederende burger deze mogelijkheid wel heeft.

Een tussenstandpunt wordt ingenomen door Hoogenboom.¹¹ Volgens hem kan met de wettelijke appèlbepaling in de ene hand en de hiervoor vermelde toelichting in de andere hand worden verdedigd dat in hoger beroep zowel het in eerste aanleg bestreden besluit als de aangevallen uitspraak ter discussie staan. Bij de verdere uitwerking van dit standpunt blijkt dat deze auteur weliswaar de uitspraak in eerste aanleg als primair aanknopingspunt voor het appèl ziet: '(i)n hoger beroep is ook de door de gronden in eerste aanleg bereikte afbakening van het geding bepalend'.¹² Hieruit mag echter niet zonder meer de conclusie worden getrokken dat het aanvoeren van nieuwe gronden en argumenten in appèl slechts in beperkte mate mogelijk is. Doet men dat wel, dan blijft er van de gedachte van de wetgever dat het hoger beroep er mede toe dient om fouten, in eerste aanleg gemaakt, te herstellen, maar weinig over.¹³

3.2.4 Interviews

De interviews laten hetzelfde beeld zien als de literatuur. Volgens een eerste groep respondenten behoort de uitspraak van de rechter in eerste aanleg object van geding in hoger beroep te zijn. In hoger beroep moet de rechter nagaan of de rechter in eerste aanleg – gelet op de bezwaren of gronden die tegen het besluit op bezwaar zijn ingebracht – de feiten juist heeft vastgesteld en gewaardeerd, alsmede of het recht correct is toegepast. Pas wanneer er met de uitspraak iets mis is, komt het oorspronkelijk bestreden besluit (weer) in beeld. In dit opzicht heeft het hoger beroep devolutieve werking. Sommige respondenten hebben mede vanwege deze achtergrond kritiek op de procestechnische handelswijze van de CRvB, omdat deze te zeer – namelijk met voorbijgaan aan de uitspraak van de rechtbank – het oorspronkelijk bestreden besluit als primair aangrijpingspunt voor de beoordeling gebruikt.

Volgens een tweede groep respondenten moet in hoger beroep primair een (nieuw) oordeel worden uitgesproken over het door het bestuursorgaan genomen besluit. Dit moet op rechtmatigheid worden beoordeeld in het kader waarvan ook het feitencomplex opnieuw moet worden getoetst. Hierbij is van belang dat een burger zonder verplichte procesvertegenwoordiging tegenover de overheid staat. Sommigen binnen deze groep respondenten relativeren hun opvatting overigens

10. Vgl. Tak 1998, p. 210; De Bock 1999, p. 1151, spreekt van een 'volledig nieuwe behandeling'.

11. Hoogenboom 1998, p. 132.

12. Hoogenboom 1998, p. 132.

13. Hoogenboom 1998, p. 133.

in die zin dat zij met name goed past bij de appèlrechtspraak in bepaalde rechtsgebieden, bijvoorbeeld de sociale zekerheid. Verder wordt nog opgemerkt dat partijen nogal eens bijdragen aan het centraal stellen van het bestuursbesluit in appèl. Partijen (of hun advocaten) herhalen in eerste instantie vaak datgene wat reeds in eerste aanleg is aangevoerd, zodat het besluit ook weer daarop moet worden getoetst. Aldus is de uitspraak in eerste aanleg vaak niet het primaire aanknopingspunt voor de toetsing.

Eén respondent benadrukt dat de appèlrechter altijd via de uitspraak in eerste aanleg bij het bestreden besluit terecht komt. Volgens hem is er dan ook sprake van een *geïntegreerde benadering*. Alleen wanneer het komt tot een vernietiging van de uitspraak van de rechtbank wegens door de rechtbank gemaakte procedurele fouten, blijft het bestreden besluit buiten schot.

Vrijwel alle respondenten zijn van mening dat er herkenbare verschillen zijn tussen de benadering op dit punt van de beide appèlrechters. De ABRS oriënteert zich meestal, maar niet altijd, op de uitspraak in eerste aanleg; de CRvB op het in *primo* bestreden besluit. Het wordt algemeen als wenselijk ervaren dat expliciet wordt aangegeven voor welke invalshoek men kiest, waarbij wordt gesignaleerd dat de keuze voor een bepaalde benadering tevens afhankelijk is van de functie die in het algemeen aan hoger beroep wordt toegekend. Bij het benadrukken van de rechtseenheids- en controlefuncties verschuift het accent naar het centraal stellen van de uitspraak in eerste aanleg; bij het benadrukken van de herstell functie naar het besluit in *primo*.

3.2.5 Dossieronderzoek

Het dossieronderzoek bevestigt in grote lijnen het hiervoor geschetste beeld uit de jurisprudentie (par. 3.2.2). Bij de ABRS is de uitspraak van de rechtbank het vertrekpunt van de beoordeling. In zaken waarin de Afdeling met de overwegingen en het dictum van de uitspraak van de rechtbank kan instemmen, blijft het bestreden besluit geheel buiten beeld. Daarnaast is een aantal uitspraken aange troffen, waarin de Afdeling het dictum van de uitspraak van de rechtbank bevestigt, maar op het punt van de overwegingen de rechtbankuitspraak nader uitwerkt, aanvult of verbetert ('elaboreert'). Ook in deze uitspraken is de uitspraak van de rechtbank het vertrekpunt van de beoordeling, maar wordt over de 'boeg' van deze uitspraak ook een oordeel gegeven over het in *primo* bestreden besluit. Het in *primo* bestreden besluit wordt derhalve door de Afdeling beoordeeld in het licht van de beoordeling in de eerste uitspraak. Dit elaboreren ten opzichte van de overwegingen in eerste aanleg geschiedt uit het oogpunt van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Ter illustratie dienen de volgende uitspraken:

ABRS 25 mei 1998, HO1.97.0914. Weigering akkoordverklaring melding dakkapel. Rb.: Aanvaardbare welstandstoets die de bouw mogelijkheden van het bestemmingsplan niet reëel belemmert.

Ook de ABRS acht de welstandstoets aanvaardbaar en verwijst daarbij naar haar algemene jurisprudentie over de verhouding bestemmingsplan-welstandstoets. De over-

weging van de Rb. wordt dus 'ingekaderd' in de meer algemene jurisprudentie. Men ziet hier de ABRs als zorgdrager voor *rechtseenheid*.

ABRS 14 januari 1999, H01.98.1087. Aanschrijving bestuursdwang inzake illegaal geplaatste woonwagons. Rb.: Bestuursdwang is mogelijk ex Woningwet jo. art. 125 Gemeentewet. Geen sprake van gedogen. Geen mogelijkheid tot legalisering, zodat in redelijkheid tot bestuursdwang kon worden besloten.

ABRS volgt de Rb. in iets uitgewerkter bewoordingen: Voorwaarde bouwvergunning (een reeds bestaande woonwagen moest worden verwijderd) heeft formele rechtskracht. Bevoegdheid tot toepassen bestuursdwang staat daarmee in beginsel vast. Woningwet is van toepassing, zodat ex artikel 125 Gemeentelijke wet bestuursdwang kon worden toegepast. Vervolgens daaraan nog toegevoegd: Uit artikel 10c Woonwagenvet volgt niet dat standplaats mag worden behouden totdat over een ontheffing is beslist.

ABRS 22 januari 1999, H01.98.0872. Aanvraag wijziging bouwvergunning. Rb.: Vrijstelling ex artikel 19 WRO was niet mogelijk, omdat er ten tijde van de beslissing op bezwaar geen voorbereidingsbesluit meer was en de gemeente dat feit op dat moment ex nunc moest meenemen. Beroep op gelijkheidsbeginsel faalt omdat de situatie uitzonderlijk is ten opzichte van andere gevallen.

ABRS onderschrijft overwegingen Rb. m.b.t. ex nunc-beoordeling. Het gelijkheidsbeginsel kan niet strekken tot een aanspraak op het verlenen van een vergunning contra legem. De ABRs geeft hier dus aan het gelijkheidsbeginsel een andere 'draai'.

Niet zozeer een elaboratie van de uitspraak van de Rechtbank, maar een overweging ten overvloede, ten behoeve van de rechtsvorming, treft men aan in de volgende zaak.

ABRS 2 september 1996, H01.96.0065. Gemeente heeft 4 lichtbakens geplaatst. Omwonende verzoekt deze te verwijderen, c.q. om toepassing bestuursdwang t.o.v. de gemeente zelf. B en W: het betreft hier niet-vergunningplichtige bouwwerken van beperkte omvang in de zin van artikel 43, lid 1, sub f Woningwet, zodat bestuursdwang niet mogelijk is.

Rb.: lichtbakens zijn vergunningplichtig bouwwerk (geen bouwwerk van beperkte omvang), derhalve onjuiste motivering afwijzing bestuursdwang. ABRs volgt Rb. hierin.

Echter ook nog een overweging ten overvloede van de ABRs: lichtbakens als de onderhavige kunnen tevens niet worden gezien als – meldingsplichtige, niet vergunningplichtige – bouwwerken voor wegaanduiding en verkeersgeleiding in de zin van artikel 2, onder f Besluit meldingsplichtige bouwwerken. Deze overweging ten overvloede (geen 'ontsnappingsmogelijkheid' naar meldingsplicht) is kennelijk opgenomen uit een oogpunt van *rechtsvorming*.

Ten aanzien van de hiervoor genoemde uitspraken dient te worden opgemerkt dat de Afdeling bleef binnen de grenzen van het geding zoals dat in eerste aanleg

was afgebakend. De 'extra' overwegingen hadden niet te maken met nieuwe door appellant aangevoerde gronden.

In het dossieronderzoek is een aantal uitspraken aangetroffen waarin de Afdeling in appèl een nieuwe grond of een nieuw argument (bewijs) wel buiten beschouwing liet omdat deze niet (tijdig) was aangevoerd in de procedure bij de rechtbank of in bezwaar. Deze uitspraken zijn in lijn met de in paragraaf 3.2.2 vermelde uitspraak van 3 april 2000. Wel werd het oordeel van de Afdeling gebaseerd op de 'goede procesorde' en werd niet expliciet een link gelegd met de opvatting dat in appèl de uitspraak van de rechtbank object van geding is. Op deze plaats wordt daarom volstaan met een korte aanduiding. Voor een meer uitvoerige bespreking zij verwezen naar paragraaf 4.5, waarin ook wordt ingegaan op uitspraken van de Afdeling waarin nieuwe gronden en argumenten in appèl wel werden geaccepteerd.

ABRS 12 mei 1997, Ho1.97.0312 en Ko1.97.0029 (voorzittersuitspraak, met toepassing van art. 8:86 Awb). Bestuursdwangaanschrijving B en W van Rupphen, teneinde een schuur weer in de oude staat terug te brengen.

ABRS: 'Voor zover appelland eerst ter zitting bij de rechtbank een concreet beroep heeft gedaan op het gelijkheidsbeginsel, overweegt de Voorzitter dat de rechtbank op zich terecht tot de conclusie is gekomen dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel geen rol meer kan spelen bij de beoordeling van het geschil. De reden dat de door de appelland genoemde gevallen bij de beoordeling van het geschil niet in aanmerking kunnen worden genomen, is evenwel niet uitsluitend gelegen in de omstandigheid dat appelland heeft nagelaten concrete gevallen in zijn bezwaarschrift te noemen, gelijk de rechtbank heeft geoordeeld, doch is tevens gelegen in de omstandigheid dat appelland deze gevallen evenmin in zijn beroepschrift aan de orde heeft gesteld. De Voorzitter verwijst in dit verband naar de uitspraak van de Afdeling van 15 mei 1997 inzake Ho1.96.0753, waarin de Afdeling heeft overwogen dat een burger schending van het gelijkheidsbeginsel in het algemeen ook nog – door middel van vermelding van de desbetreffende gevallen in het beroepschrift – voor de rechter in eerste aanleg kan aanvoeren. Nu appelland echter de door hem gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel eerst ter zitting bij de rechtbank heeft opgeworpen, dient te worden geconcludeerd dat dit in een te laat stadium van de procedure is geschied. Dit is in strijd met een goede procesorde. In verband hiermee kan een beoordeling van het door appelland gehandhaafde beroep op het gelijkheidsbeginsel in hoger beroep evenmin aan de orde komen.'

In de navolgende uitspraak wordt een grief als tardief beschouwd, omdat deze niet reeds in bezwaar naar voren was gebracht.

ABRS 20 juni 1996, Ho1.95.0327. Vrijstelling en bouwvergunning verleend voor de bouw van 24 woningen en 5 bedrijfsruimten. Zeer omvangrijk hoger-beroepschrift.

ABRS echter, ten aanzien van een van de gronden:

'Appellanten sub 2 hebben (...) eerst bij hun aanvullende hoger-beroepschrift van 19 augustus 1995 de grief naar voren gebracht dat het bouwplan gedeeltelijk is gesitueerd op gronden, waarvan de eigendom berust bij bewoners van de achterlig-

gende straat. Niet is gebleken dat appellanten deze grief niet in een eerder stadium van de procedure naar voren hebben kunnen brengen. Nu appellant sub 1 (het stadsdeelbestuur) bij het nemen van het bestreden besluit zich niet over deze grief heeft kunnen uitlaten en ook de rechtbank hierover geen oordeel is gevraagd, dient hieraan voorbij te worden gegaan.'

Wat betreft de CRvB, is in het dossieronderzoek dezelfde variatie aangetroffen als reeds in paragraaf 3.2.2 is vermeld in verband met het jurisprudentie-onderzoek. Soms wordt het besluit beoordeeld onafhankelijk van de uitspraak in eerste aanleg. In andere uitspraken vindt de beoordeling van het besluit plaats in het licht van de uitspraak van de rechtbank. In weer andere uitspraken combineert de Raad beide benaderingen. Wellicht typerend in dit verband is dat de Raad in veel uitspraken in de feitelijke weergave van de procedure de beslissing op bezwaar en de uitspraak van de rechtbank als gelijke grootheden vermeldt en samenvat. Een vast 'beleid' van de CRvB om hetzij het bestreden besluit, hetzij de uitspraak van de rechtbank als vertrekpunt te nemen, is in de uitspraken van het dossieronderzoek niet te ontwaren.

In lijn met hetgeen is geconstateerd in paragraaf 3.2.2 in het jurisprudentie-onderzoek, heeft de CRvB ook in de in het dossieronderzoek betrokken uitspraken weinig problemen met het accepteren van nieuwe gronden en argumenten in appèl. Ter illustratie wordt hierna een tweetal uitspraken vermeld.

CRvB 24 mei 2000, Awb 98/8944 ww R01293. Weigering ww-uitkering. Per 21-08-1996 passende arbeid aangeboden, maar volgens afspraak pas per 26-08-1996 aanvaard. Vervolgens wegens privé-omstandigheden en verhuizing vanaf 25-08-1996 arbeid geweigerd. Rechtbank: Beide gronden konden niet leiden tot weigering uitkering. CRvB elaboreert de geschilpunten: a. Het maken van een afspraak doet niet af aan de verplichting om per 21-08-1996 de passende arbeid te aanvaarden. b. Privé-omstandigheden na 25-08-1996 doen niet af aan het feit dat in beginsel passende arbeid is aangeboden. c. Voor deze gevallen bestaat de afbouwbaarheid van artikel 27, tweede lid ww niet.

In hoger beroep bovendien een extra beroepsgrond opgevoerd: ten onrechte niet gehoord door bestuursorgaan, alvorens te weigeren. CRvB: Dat gedaagde, door verhuizing, tot tweemaal niet is ingegaan op de oproep tot horen ligt in haar risicosfeer.

CRvB 14 oktober 1999, 97/10631 ALGEM. Premiegeschil. Ex-directeur als freelancer in dienst bij bv. Loondienst en dus premieplichtig? Rb: Er bestaat verplichting tot persoonlijke dienstverlening, verplichting tot loonbetaling en een gezagsverhouding: volgens vaste jurisprudentie loondienst. CRvB volgt rechtbank hierin. In hoger beroep als extra beroepsgrond opgevoerd: andere freelancers bij de bv zijn door de bedrijfsvereniging niet als in loondienst aangemerkt. CRvB: dat doet aan het karakter van loondienst van de werkzaamheden van appellant niet af.

Opmerkelijk is dat de CRvB in beide gevallen de extra-hoger-beroepsgrond aanvaardt en inhoudelijk bespreekt, hoewel deze bij de rechtbank niet naar voren was gebracht.

Minder opmerkelijk is de volgende zaak. Daarin werd niet een nieuwe beroepsgrond, maar *nieuw bewijs* van een – reeds eerder opgevoerde – beroepsgrond aanvaard.

CRvB 17 september 1996, Awb 96/84 ABW Roo493. Bijstandszaak. Belastingsschulden. Rechtbank: Op het moment van de aanvang van de uitkering was geen sprake van opeisbare belastingsschulden. Hoger beroep. Pas daarin een kopie van de betreffende belastingaanslag ingebracht. CRvB: Vernietigt uitspraak rechtbank en draagt bestuursorgaan – over het hoofd van de rechtbank heen ('doende wat de rechtbank had behoren te doen') – op een nieuw besluit te nemen, met inachtneming van deze aanslag.

Uitspraken waarin de CRvB nieuwe gronden of argumenten in appèl niet toeliet, zijn in het dossieronderzoek niet aangetroffen.

3.2.6 Bevindingen

Het voorafgaande laat het volgende beeld zien van het object van geding in hoger beroep. De Afdeling heeft inmiddels duidelijk gekozen voor de uitspraak van de rechter in eerste aanleg als object van geding in hoger beroep. Daaraan verbindt men in diverse uitspraken de consequentie dat het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten (bewijs) in appèl maar in beperkte mate mogelijk is, namelijk alleen wanneer er een bijzondere rechtvaardigingsgrond is waarom deze gronden en argumenten niet eerder zijn ingebracht. De herkansingsfunctie van het hoger beroep is in deze Afdelingsrechtspraak beperkt; controle van de eerste aanleg met het oog op de rechtsontwikkeling staat voorop. Zie meer uitvoerig, paragraaf 4.5. In de CRvB-rechtspraak bestaat op het punt van object van geding geen vaste lijn. Soms wordt het bestreden besluit beoordeeld zonder dat de uitspraak van de rechtbank een rol lijkt te spelen. In andere uitspraken is de uitspraak van de rechtbank aanknopingspunt en wordt het in primo bestreden besluit alleen in het licht hiervan beoordeeld. In weer andere uitspraken ziet men een combinatie van beide benaderingen. Wat hier verder van zij, ook in de appèluitspraken waarin de uitspraak van de rechtbank wel object van geding is, verbindt de CRvB hieraan in de regel niet de consequentie dat in appèl geen nieuwe gronden of argumenten kunnen worden aangevoerd.

3.3 PROCESBELANG IN HOGER BEROEP

3.3.1 Inleiding en literatuur

De vraag van het procesbelang in hoger beroep – ook al ben je belanghebbende, je moet wel iets kunnen opschieten met het beroep; point d'interêt, point d'action – krijgt in de literatuur betrekkelijk weinig aandacht.

Een uitzondering is een bijdrage van Daalder en De Vries.¹⁴ In deze bijdrage wordt aandacht gevraagd voor de huns inziens ongelijke behandeling in de rechtspraak van de ABRS van burgers en bestuursorganen op het punt van procesbelang in appèl. Terwijl in diverse uitspraken de door de rechtbank in het gelijkgestelde burger met het oog op besluitvorming naar aanleiding van de rechtbankuitspraak wel procesbelang in hoger beroep heeft, zou dit belang in vergelijkbare situaties aan bestuursorganen worden onthouden. In de volgende paragraaf, onder ad a), wordt op deze problematiek nader ingegaan. Op deze plaats wordt volstaan met vermelding van het pleidooi van Daalder en De Vries om het procesbelang bij bestuursorganen zodanig in te vullen dat ook toekomstige belangen van het bestuursorgaan daaronder worden begrepen.

3.3.2 *Jurisprudentie*

Algemeen

Uitgangspunt in de rechtspraak omtrent het procesbelang is dat het belang ten tijde van het hoger beroep nog actueel moet zijn. Een door feitelijke of rechtsontwikkelingen achterhaald belang voldoet niet. De appèlrechter beantwoordt in appèl bovendien geen rechtsvragen die uitsluitend principiële betekenis hebben. De uitspraak moet appelland in een gunstiger positie kunnen brengen.¹⁵ De volgende uitspraken illusteren het voorafgaande.

ABRS 15 juli 1999.¹⁶ Bij besluit van 20 februari 1996 heeft de minister de Nederlandse Aardoliemaatschappij bv toestemming verleend voor het verrichten van proefboringen ten behoeve van het opsporen van aardgas op verschillende locaties. Tegen deze besluiten heeft appelland (waddenschilder) bezwaar gemaakt. Bij besluiten van 25 november heeft de minister het bezwaar met betrekking tot zichthinder gegrond en voor het overige ongegrond verklaard. Bij uitspraak van 17 juli 1998 heeft de rechtbank het beroep van appelland ongegrond verklaard. In die uitspraak wordt hij expliciet aangemerkt als belanghebbende, maar wordt geoordeeld dat de bestreden besluiten in zoverre zij strekken tot het laten prevaleren van de belangen van de proefboringen boven die van appelland, niet blijken geven van een onredelijke belangenafweging. Tegen deze uitspraak stelt appelland hoger beroep in bij de ABRS. Bij de rechtbankuitspraak zijn echter de beroepen van de Landelijke Vereniging tot behoud van de Waddenzee e.a. tegen de besluiten van 25 november 1996 gegrond verklaard en zijn die besluiten integraal vernietigd. Na intrekking van het door de Waddenvereniging e.a. van het hoger beroep is de rechtbankuitspraak onherroepelijk geworden. De minister is gehouden opnieuw op de bezwaren van zowel de Waddenvereniging als appelland te beslissen.

'Nu hetgeen appelland met zijn hoger beroep beoogde te verkrijgen, te weten de vernietiging alsnog van deze besluiten, reeds op andere wijze is bewerkstelligd heeft

14. Daalder & De Vries 1999, p. 53-61.

15. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 248.

16. ABRS 15 juli 1999, AB 1999/367, m.n. MSV.

appellant geen belang meer bij een uitspraak op zijn hoger beroep, zodat dit niet-ontvankelijk dient te worden verklaard.'

ABRS 22 oktober 1999.¹⁷ Deze zaak betreft een beroep tegen het voornemen een nieuwe notariële standplaats te vestigen. De rechtbank heeft het beroep gegrond verklaard wegens een bevoegdheidsgebrek (de Koninklijke machtiging ontbrak). In zijn hoger-beroepschrift betoogt appellant dat de rechtbank ten onrechte het bestreden besluit ook niet op inhoudelijke gronden heeft vernietigd. Inmiddels heeft de staatssecretaris een nieuw besluit genomen dat inhoudelijk gelijklopend is aan het vernietigde. Naar het oordeel van de ABRs kan appellant met het hoger beroep niet meer bereiken dat geen materieel gelijklopend besluit wordt genomen. Daardoor is het processueel belang dat appellant had ten tijde van het instellen van het hoger beroep, verloren gegaan. Volgt niet-ontvankelijkverklaring. De materiële aspecten komen overigens aan de orde bij de beoordeling van het beroep, tegen het nieuwe besluit. Mede gelet op de wensen van partijen om tot een beslechting van het geschil te komen, ziet de Afdeling geen reden om met toepassing van het tweede lid van artikel 6:19 Awb de zaak te verwijzen naar de rechtbank.

ABRS 14 september 1999.¹⁸ De rechtbank heeft de weigering Ghanese documenten te legaliseren vernietigd en de minister opgedragen de documenten alsnog te legaliseren. De minister geeft gevolg aan de opdracht van de rechtbank en stelt hoger beroep in. Naar het oordeel van de ABRs heeft de minister geen procesbelang bij een uitspraak in hoger beroep. Ook al zou hij gelijk krijgen, dan nog kan gelet op de rechtszekerheid een intrekkingbesluit niet licht genomen worden. De beantwoording van de door appellant in hoger beroep opgeworpen rechtsvragen heeft in dit geval alleen principiële betekenis; er zijn geen praktische gevolgen aan verbonden. Tot evenbedoelde beantwoording is de Afdeling onder die omstandigheden niet gehouden.

ABRS 18 januari 1999.¹⁹ Appellant voert in zijn hoger-beroepschrift aan dat in het Reglement waterschap Zeeuwse eilanden ten onrechte is bepaald dat in verband met de oprichting van het waterschap Zeeuwse eilanden, dat is ontstaan uit een fusie met vier andere waterschappen per 1 januari 1996, geen algemene verkiezingen worden gehouden. Hangende hoger beroep is inmiddels de betreffende bepaling vervangen en hebben inmiddels algemene verkiezingen plaatsgevonden. De ABRs: 'Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen, is de bestuursrechter alleen tot beantwoorden van rechtsvragen geroepen, indien een geschil met betrekking tot een besluit van een bestuursorgaan voorligt. Waar zulk een geschil niet langer bestaat, kan van de rechter geen uitspraak worden verkregen, uitsluitend met het oog op de betekenis van de aan hem voorgelegde vraag. De enkele omstandigheid dat appellant zich destijds niet kandidaat heeft kunnen stellen voor verkiezing, brengt niet met zich dat hij, zoals hij stelt, thans belang heeft bij een beoordeling van het besluit van provinciale staten van 8 september 1995. Ook anderszins is van een dergelijk belang niet gebleken.'

17. ABRs 22 oktober 1999, AB 1999/470 m.n. MSV.

18. ABRs 14 september 1999, AB 1999/443, m.n. MSV.

19. ABRs 18 januari 1999, AB 1999/161.

Specifieke vraagstukken

In de jurisprudentie komen drie meer specifieke problemen aan de orde inzake het (ontbreken van) procesbelang, namelijk:

- a. hoe zit met het procesbelang van partijen die bij de rechtbank gelijk hebben gekregen, maar niet al hun aangevoerde stellingen gehonoreerd zagen?;
- b. wat is de status van overwegingen ten overvloede?;
- c. wat is de positie van het bestuursorgaan dat gevolg geeft aan de rechtbankuitspraak door het nemen van een nieuw besluit, maar tevens hoger beroep instelt?

ad a. Procesbelang van de in het gelijkgestelde partij

Bij de onderhavige problematiek is het aangewezen om een onderscheid te maken tussen het procesbelang van de burger en dat van het bestuursorgaan.

Wat betreft de burger, kan een uitspraak van de ABRS van 23 maart 1995 als standaarduitspraak worden beschouwd.²⁰ De president van de rechtbank had met toepassing van artikel 8:86 Awb de beslissing op bezwaar (inhoudende een ongegrondverklaring van het bezwaarschrift) vernietigd. Het bestuursorgaan betoogde ter zitting van de ABRS dat appellanten geen belang hadden bij een uitspraak van de ABRS omdat zij reeds ten volle hadden gekregen wat zij hadden gevraagd. De ABRS kan dit betoog niet als juist aanvaarden:

'De Afdeling stelt voorop dat de administratieve rechter in het kader van de Algemene wet bestuursrecht alleen dan tot het beantwoorden van rechtsvragen is geroepen indien sprake is van een geschil met betrekking tot een besluit van een bestuursorgaan. Waar zulk een geschil niet (langer) bestaat, kan van de rechter geen uitspraak worden gevraagd uitsluitend met het oog op de principiële betekenis daarvan.

In het onderhavige geval kan echter niet staande worden gehouden dat van een geschil over een besluit geen sprake meer is. Weliswaar heeft de president de bestreden beslissing op bezwaarschrift vernietigd en hebben burgemeester en wethouders daarin klaarblijkelijk berust, doch die vernietiging heeft op zichzelf nog geen gevolgen voor het primaire besluit van 14 december 1993 waarbij de in geding zijnde vrijstelling en bouwvergunning zijn verleend. De vrijstelling en bouwvergunning bestaan derhalve nog steeds. (...)

Naar aanleiding van de vernietiging van het bestreden besluit zullen burgemeester en wethouders opnieuw op het bezwaarschrift van appellanten moeten beslissen. Op grond van de overwegingen van de president valt niet uit te sluiten dat de vrijstelling en de bouwvergunning bij de nieuwe beslissing wederom zullen worden gehandhaafd.

Appellanten hebben er dus belang bij om door de president verworpen of onbesproken gelaten argumenten in hoger beroep aan de orde te stellen. Dit zou zelfs kunnen leiden tot de conclusie dat het primaire besluit niet in stand kan blijven; bijvoorbeeld

20. ABRS 23 maart 1995, JR 1995/104.

indien de Afdeling de opvatting van appellanten zou delen dat de voor anticipatie vereiste urgentie ontbreekt.'

Vergelijkbaar is een ABRs-uitspraak van 12 oktober 1998, waarvan de relevante overwegingen luiden:²¹

'Subsidiair heeft de Minister naar voren gebracht dat het appellante niet te doen is om een vernietiging van de uitspraak, maar om verbetering van de gronden waarop de uitspraak van de rechtbank berust en haar belang dus uitsluitend bestaat in het beantwoorden door de Afdeling van een rechtsvraag.

Dit betoog faalt. Het hoger beroep behoeft niet te zijn gericht tegen het dictum van de uitspraak; nodig is slechts dat het zich richt tegen een oordeel over het bij de rechtbank bestreden besluit, voorzover in geschil. In dit geval heeft de rechtbank het besluit van 16 juli 1996 vernietigd, zonder alle stellingen van appellante te honoreren. Omdat een voor appellante gunstiger uitspraak mogelijk was geweest en de Minister opnieuw op het bezwaar dient te beslissen met inachtneming van de uitspraak van de rechtbank, dient belang te worden aangenomen.'

Kort en goed kan de conclusie zijn dat een door de rechtbank in het gelijkgestelde burger procesbelang in hoger beroep heeft, indien een gunstiger uitspraak mogelijk was geweest en de appèluitspraak derhalve van invloed kan zijn op het, naar aanleiding van het gehonoreerde beroep, te nemen besluit.

Ten aanzien van het procesbelang van in het gelijkgestelde bestuursorganen lijkt de rechtspraak van de ABRs nog in ontwikkeling. Doorgaans wordt het procesbelang afwezig geacht, omdat het hoger beroep niet kan leiden tot een ander resultaat van de desbetreffende procedure. In een enkel geval wijkt men van deze lijn af.

Ter illustratie van de heersende rechtspraak kan worden gewezen op een uitspraak van de Afdeling van 12 januari 1999.²² In deze zaak had de rechtbank het beroep tegen de afwijzing van een gemeenteraad van een verzoek als bedoeld in artikel 49 wro verworpen. Burgemeester en wethouders gingen namens de gemeenteraad in beroep omdat men zich niet kon vinden in de overwegingen van de rechtbank. De Afdeling achtte geen processueel belang aanwezig:

'Nu de rechtbank het besluit van de raad in stand heeft gelaten, hebben B&W geen processueel belang bij een antwoord op de vraag of de rechtbank dit op goede gronden heeft gedaan. Het antwoord op deze vraag kan – hoe het ook luidt – voor hen niet tot een gunstiger resultaat van de procedure leiden.'

In deze zaak werd het wel ontvankelijke beroep van de burger-appellant afgewezen. Het hoger beroep van het bestuursorgaan kon inderdaad niet tot een gunstiger resultaat van de onderhavige procedure leiden. Wel zou het oordeel van de

21. ABRs 12 oktober 1998, JB 1999/4.

22. ABRs 12 januari 1999, JB 1999/47.

Afdeling over de vraag of de rechtbank het beroep in primo op goede gronden had afgewezen, van belang kunnen zijn voor toekomstige procedures in verwante zaken. Dit was voor de Afdeling echter (kennelijk) geen reden om procesbelang aanwezig te achten.

In de volgende uitspraak van 17 oktober 2000 achtte de Afdeling wel procesbelang bij een appellerend (vermeend) bestuursorgaan aanwezig, terwijl het appèl niet tot een ander dictum kon leiden.²³

De rechtbank had het beroep van de Vereniging Proefdiervrij tegen de dierenexperimentencommissie van het Biomedical Primate Research Centre niet-ontvankelijk verklaard. Zij had de commissie wel aangemerkt als een bestuursorgaan in de zin van de Awb. De commissie bestrijdt in appèl niet het oordeel van de rechtbank dat het beroep niet-ontvankelijk moet worden verklaard, maar betoogt 'dat de rechtbank heeft miskend dat de commissie niet is aan te merken als een bestuursorgaan in de zin van de Awb, zodat zij dat oordeel op een onjuiste grond heeft doen steunen.'

De ABRS stelt: 'Er is geen grond voor het oordeel dat in dit geval (...) de commissie procesbelang moet worden ontzegd, gelet op de gevolgen die zijn verbonden aan het oordeel van de rechtbank dat de commissie een bestuursorgaan in de zin van de Awb is, onder meer in verband met de toepassing van de Wob.'

In deze uitspraak was het toekomstige belang van de commissie in andere (toekomstige) procedures wel voldoende reden om procesbelang aanwezig te achten. Of de ABRS hiermee de heersende lijn in haar rechtspraak heeft willen nuanceren, staat echter niet vast, omdat de omstandigheden van het geval doorslaggevend kunnen zijn geweest. Een bijzonder aspect van de uitspraak is immers dat de dierenexperimentencommissie hoger beroep instelde omdat zij niet wilde worden aangemerkt als een 'bestuursorgaan'. De Afdeling is het met deze opvatting eens. Gelet hierop is er bij nader inzien geen sprake (geweest) van een door een bestuursorgaan ingesteld hoger beroep.

ad b. Appellabiliteit van overwegingen ten overvloede

Wat betreft de ontvankelijkheid van een appèl tegen overwegingen ten overvloede in de uitspraak van de rechtbank, lijkt er een verschil van benadering te bestaan tussen beide appelcolleges. De Afdeling acht geen procesbelang aanwezig indien in de uitspraak van de rechtbank niet is bepaald dat het bestuursorgaan deze in acht moet nemen bij het nemen van een nieuwe beslissing op bezwaar. Deze lijn ziet men in een uitspraak van 25 februari 1999:²⁴

In deze uitspraak stelt de ABRS vast dat het hoger beroep uitsluitend is gericht tegen een door de president van de rechtbank ten overvloede gegeven overweging. Niet is bepaald dat deze in acht moet worden genomen bij het nemen van een nieuwe beslissing op het bezwaarschrift. Appellanten hebben dan ook geen processueel belang bij het hoger beroep. Het hoger beroep is niet-ontvankelijk.

23. ABRS 17 oktober 2000, JB 2000/329.

24. ABRS 25 februari 1999, AB 1999/173, m.nt. MSV.

In de CRvB-rechtspraak ziet men wel met enige regelmaat dat een hoger beroep tegen overwegingen ten overvloede ontvankelijk wordt verklaard. Soms overweegt de Centrale Raad in dit verband, dat de overwegingen appellabel zijn, omdat zij zodanig zijn geformuleerd dat partijen zich daaraan terecht gebonden konden voelen;²⁵ in andere uitspraken is van belang dat de rechtbank in de overwegingen ten overvloede dermate stellige oordelen heeft gegeven, dat een bindend karakter daaraan niet kan worden ontzegd. Ter illustratie kan op een uitspraak van de CRvB van 10 februari 2000 worden gewezen, waarin wordt overwogen.²⁶

'De Raad staat thans voor de vraag of het hoger beroep dat uitsluitend is gericht tegen overwegingen, welke door de rechtbank zijn aangeduid als ten overvloede gegeven ontvankelijk is te achten. De Raad beantwoordt deze vraag bevestigend, omdat de rechtbank dermate stellige oordelen heeft gegeven over het materiële geschilpunt dat daaraan een bindend karakter niet kan worden ontzegd.'

ad c. Procesbelang van een bestuursorgaan dat gevolg geeft aan de rechtbankuitspraak door het nemen van een nieuw besluit, maar tevens hoger beroep instelt

Met uitzondering van het sociale-zekerheidsterrein heeft het instellen van hoger beroep geen schorsende werking. Wil een bestuursorgaan hangende het hoger beroep ontkomen aan de plicht om een nieuw besluit te nemen naar aanleiding van een vernietiging door de rechtbank, dan zal het een voorlopige voorziening bij de President/Voorzitter van het appelcollege moeten vragen.²⁷ De vraag die kan worden opgeworpen, is of een bestuursorgaan dat wel gevolg geeft aan de (hem onwelgevallige) rechtbankuitspraak door een nieuw besluit te nemen, maar tevens hoger beroep instelt, nog procesbelang heeft bij dit hoger beroep.

De algemene lijn in de rechtspraak van de appelcolleges is dat dit procesbelang in beginsel nog aanwezig is. Het enkele feit dat het bestuursorgaan gevolg heeft gegeven aan de uitspraak van de rechtbank, vormt geen belemmering het orgaan in hoger beroep te ontvangen. Gewezen kan worden op de volgende overwegingen uit een uitspraak van de ABRs van 26 september 1996.²⁸

'De Afdeling stelt vast dat appellant met de brief van 13 november 1995 (voor een deel) gevolg heeft gegeven aan de aangevallen uitspraak van de rechtbank. Hieruit kan evenwel niet worden afgeleid dat appellant in de uitspraak van de rechtbank heeft berust. De Afdeling overweegt daarbij dat het instellen van hoger beroep de werking van de aangevallen uitspraak niet schorst. Uit het vorenstaande en het feit dat door appellant geen verzoek om voorlopige voorziening is ingediend, vloeit voort dat appellant hangende het hoger beroep tegen de vernietiging van zijn als be-

25. Zie bijv. CRvB 14 juni 1994, RSV 1995/195. Zie voorts CRvB 9 november 1994, JB 1994/344.

26. CRvB 10 februari 2000, AB 2000/181, m.nt. HH; zie bijv. ook CRvB 14 december 2000, AB-kort 2001, 34.

27. Vgl. Vz. ABRs 8 augustus 1996, AB 1996/479, m.nt. AFMB.

28. ABRs 26 september 1996, RAwb 1997, 25, m.a. P.A. Willemsen, JB 1996/216. Zie voorts ABRs 16 januari 1997, RAwb 1997, 87, m.a. De Moor-van Vugt.

sluiten aangemerkte brieven diende te voldoen aan de verplichting om een nieuw besluit te nemen. Het enkele feit dat appellant gevolg heeft gegeven aan de uitspraak van de rechtbank, zonder dat is gebleken dat dit is ingegeven door gewijzigde inzichten bij appellant, vormt naar het oordeel van de Afdeling dan ook geen belemmering om appellant in zijn hoger beroep te ontvangen.'

De CRvB gaat van eenzelfde standpunt uit, getuige een uitspraak van 19 augustus 1997, waarin wordt overwogen:²⁹

'Met betrekking tot de motivering voor het verzoek om voorlopige voorziening merken Wij allereerst op, dat de omstandigheid dat een bestuursorgaan uitvoering geeft aan een in zijn nadeel gewezen uitspraak, op zich het belang dat het bestuursorgaan heeft bij het door hem tegen die uitspraak ingestelde hoger beroep, niet verloren doet gaan.'

Het hiervoor weergegeven uitgangspunt, dat het procesbelang van een bestuursorgaan bij een appèl op zich niet verloren gaat door het feit dat het bestuursorgaan gevolg heeft gegeven aan de uitspraak van de rechtbank, betekent niet dat het procesbelang niet om andere redenen afwezig kan zijn. Dit kan wel degelijk het geval zijn, bijvoorbeeld omdat de uitspraak in de omstandigheden van het geval alleen nog principiële betekenis heeft, of omdat het hoger beroep uitsluitend is ingegeven door de vrees voor precedentwerking. Ter illustratie volgen hierna twee uitspraken.

ABRS 21 november 1996.³⁰ 'B en w hebben een nieuwe beslissing op het bezwaarschrift genomen. Daarbij hebben zij de bezwaren wederom ongegrond verklaard, doch tevens hun aanschrijving bestuursdwang ingetrokken. Nu appellanten de bestuursdwangaanschrijving bij hun nieuwe beslissing op het bezwaarschrift hebben ingetrokken, is de Afdeling van oordeel dat appellanten geen processueel belang meer hebben bij een uitspraak over de vraag of de rechtbank het besluit tot handhaving van deze bestuursdwangaanschrijving terecht heeft vernietigd. De Afdeling overweegt daartoe dat de bestuursrechter alleen in het kader van een geschil met betrekking tot een bestuursbesluit tot het beantwoorden van rechtsvragen is geroepen. Waar een dergelijk geschil niet (langer) bestaat, kan de rechter geen uitspraak doen, ook niet als het gaat om de beantwoording van een rechtsvraag van principiële betekenis.'

CRvB 14 november 1996.³¹ Appellant (verweerder in eerste aanleg) was weliswaar van oordeel dat het verlenen van de vaste aanstelling aan gedaagde niet dwingend voortvloeide uit de aangevallen uitspraak, maar is toch, in het bijzonder om menselijke motieven, tot die aanstelling overgegaan. Appellant heeft gesteld nog belang te hebben bij het hoger beroep. Dat belang ziet hij thans nog gelegen in de door de

29. CRvB 19 augustus 1997, RAwb 1997, 69, m.a. BdeW.

30. ABRS 21 november 1996, RAwb 1997, 76, m.a. BdeW.

31. CRvB 14 november 1996, RAwb 1997, 74, m.a. BdeW.

rechtbank uitgesproken proceskostenveroordeling en in de omstandigheid dat hand-having van de aangevallen uitspraak tot gevolg zou kunnen hebben dat ook andere personen jegens hem aanspraak zullen maken op een aanstelling in vaste dienst.

'De Raad overweegt (...) dat appellant, nu hij appellant alsnog onvoorwaardelijk heeft gegeven wat deze hem heeft verzocht, geen (proces)belang meer heeft bij een beslissing van de Raad op het (door de rechtbank gehonoreerde) beroep van gedaagde tegen het aanvankelijk besluit van appellant om gedaagde de gevraagde aanstelling in vaste dienst niet te geven.'

Een voldoende (proces)belang bij een beslissing van de Raad op het punt van de door de rechtbank uitgesproken proceskostenveroordeling kan appellant niet worden ontzegd. Maar, de aangevallen uitspraak wordt op dit punt bevestigd.

3.3.3 Dossieronderzoek

In het dossier-onderzoek zijn twee zaken aangetroffen, waarin het hoger beroep niet-ontvankelijk werd verklaard wegens het ontbreken van procesbelang.

ABRS 26 mei 1998, Ho1.97.0609. Weigering van een parkeervergunning. Appellant was ten tijde van het hoger beroep niet meer in Nederland woonachtig en had alleen een postadres achtergelaten.

ABRS: Nu appellant niet meer woont in het betrokken gebied en ook geen belang meer heeft bij het hoger beroep: hoger beroep niet-ontvankelijk.

In ABRs 1 september 1998, Ho1.97.0040 wordt het hoger beroep ook niet-ontvankelijk verklaard wegens het inmiddels ontbreken van procesbelang, maar treft men wel (ter voorlichting van appellant) *overwegingen ten overvloede* aan. Het betrof een bestuursdwangaanschrijving inzake een illegaal afzuigkanaal tegen de gevel.

Rb. verklaart beroep gegrond: Als zodanig illegale situatie en dus bestuursdwang mogelijk, maar wel hadden mogelijkheden legalisatie moeten worden gezien. Tegen het oordeel van de Rb. dat bestuursdwang mogelijk was, hoger beroep ingesteld door appellant.

Hangende het hoger beroep wordt door B en W (ter uitvoering uitspraak Rb.) opnieuw een beslissing op bezwaar genomen: opnieuw ongegrondverklaring bezwaar en handhaving bestuursdwangaanschrijving. Daartegen opnieuw beroep bij de Rb. ingesteld (ongegrond; Pres.Rb., met toepassing artikel 8:86) en hoger beroep (eveneens ongegrond; VZABRS 10 september 1997, ook met toepassing van artikel 8:86). Deze beide beroepen hadden dus het oorspronkelijk hoger beroep 'ingehaald'.

ABRS in het resterende, oorspronkelijke hoger beroep: Met de ongegrondverklaring d.d. 10 september 1997 van het hoger beroep inzake de nieuwe b.o.b. is de bestuursdwangaanschrijving onaantastbaar geworden, zodat het belang bij het onderhavige beroep is komen te ontvallen. Hoger beroep derhalve niet-ontvankelijk.

Echter toegevoegd: 'Ten overvloede zij opgemerkt, dat de gronden van het hoger beroep bij een inhoudelijke beoordeling geen doel zouden hebben getroffen.' Volgen enkele opmerkingen, inhoudende dat – anders dan appellant meent – het afzuig-

kanaal zowel uit een oogpunt van het bestemmingsplan als uit een oogpunt van welstand niet legaliseerbaar is. Aldus gaat de ABRs alsnog inhoudelijk in op de gronden van appellant.

3.3.4 Bevindingen

Wat betreft het procesbelang in hoger beroep, gelden twee uitgangspunten. In de eerste plaats moet het belang ten tijde van het hoger beroep nog actueel zijn. Een door feitelijke of rechtsontwikkelingen achterhaald belang voldoet niet. In de tweede plaats beantwoorden de appèlrechters geen rechtsvragen die uitsluitend principiële betekenis hebben. De uitspraak moet appellant in een gunstiger positie kunnen brengen.

In de literatuur is kritiek geleverd op de toepassing van dit laatste uitgangspunt door de ABRs in het geval van een appèl van een in het gelijkgesteld bestuursorgaan. Omdat dit appèl in de desbetreffende procedure niet tot een gunstiger uitspraak kan leiden, wordt het niet-ontvankelijk verklaard, ook wanneer de rechtbank bepaalde gronden heeft verworpen en het bestuursorgaan met het oog op toekomstige gevallen over deze verwerping een oordeel aan de appèlrechter vraagt. Uit een enkele uitspraak, waarin de omstandigheden van het geval echter doorslaggevend kunnen zijn geweest, zou men kunnen afleiden dat de ABRs voor deze kritiek gevoelig is gebleken. Of dit werkelijk zo is, zal toekomstige rechtpraak moeten uitwijzen.

4 De omvang van het geding in hoger beroep en de rol van partijen

4.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk staat de beantwoording van de vraag centraal hoe de omvang van het geding in hoger beroep door partijen wordt afgebakend. Hierbij zijn verschillende denkrichtingen denkbaar. Aan de ene zijde van het spectrum kan het uitgangspunt van 'volledig' devolutieve werking van het appel worden gepositioneerd. Ingevolge deze benadering staat het partijen – gelet op de herkansingsfunctie – in beginsel vrij om het geding *volledig* opnieuw af te bakenen. De afbakening in hoger beroep verschilt niet wezenlijk van de afbakening in eerste aanleg. Of anders gesteld, de omvang van het geding in eerste aanleg heeft géén invloed op de (mogelijke) omvang van het geding in appel. Beide instanties dienen, mede tegen de achtergrond van de partij-autonomie, de mogelijkheid tot het voeren van een volledig geding – zowel wat betreft de feiten als wat betreft het recht – te waarborgen. Aan de andere zijde van het spectrum dient het strikte 'trechtermodel' te worden gepositioneerd. Dit model gaat er in essentie van uit dat vorderingen, gronden en/of argumenten die in eerste aanleg niet door partijen zijn aangevoerd, in appel niet alsnog in de procedure mogen worden gebracht, ook al zou de 'goede procesorde' in *enge zin* (zie paragraaf 4.6) zich hier tegen niet verzetten. In deze benadering is de omvang van het geding in eerste aanleg bijgevolg zonder meer van invloed op de afbakening van het geding in hoger beroep. De bandbreedte van het spectrum dat gelegen is tussen beide uitgangspunten laat ruimte voor veel nuancering, waarbij de standpunten onder meer worden beïnvloed door principieel-dogmatische en proceseconomische principes.

Het is dan ook vooral de vraag in *hoeverre* het trechtermodel in het bestuursproces, zoals dit onder de Algemene wet bestuursrecht vorm heeft gekregen, wordt doorgevoerd. Aanzetten voor een modaliteit van het trechtermodel zijn in ieder geval in het positieve recht aanwezig. Dit kan worden afgeleid uit de relevante bestuursrechtelijke rechtspraak. Ook in de literatuur wordt het model in meer of mindere mate onderschreven. Bij de meerderheid van de auteurs leeft de gedachte dat het geschil omtrent een besluit (onderdeel) zich in de loop van het proces – beginnend bij de primaire besluitvorming, via de fase van bezwaar en beroep in eerste aanleg, en eindigend met de fase van het hoger beroep – steeds meer toe zou moeten spitsen op die gronden (in hoger beroep uiteraard via de bandbreedte van de uitspraak in eerste aanleg) waarover partijen juridisch en/of feitelijk van mening verschillen. Omdat door een versmalling van het geschil het rechtsgeding steeds verder uitkristalliseert en daaromtrent dossiervorming plaatsvindt, kan de appelrechter uiteindelijk een afgewogen eindoordeel geven.

Dit gegeven draagt bij aan de rechtsontwikkeling en de algehele kwaliteit van de rechtspraak. Ook wordt in dit verband gewezen op het *finaliteitsbeginsel* en de eis van de beslechting van een geschil binnen *een redelijke termijn* (art. 6 EVRM), welk uitgangspunt met name in het bestuursrecht in het gedrang kan komen door het volgen van verplichte bestuurlijke voorprocedures en het stelsel van vernietigen en terugverwijzen.

Dit betekent echter wel dat van de burger/appellant wordt verwacht dat deze in een zo vroeg mogelijk stadium zijn kaarten op tafel legt. Het gaat dan zowel om de gronden waarom het besluit wordt aangevallen als om de argumenten en het bewijs ter adstruering hiervan. Op dit punt zijn er kritische geluiden te horen, die erop wijzen dat een – van verplichte rechtsbijstand verstoken burger – niet het slachtoffer mag worden van een argumentatieve of bewijfsuik.

Bij nadere beschouwing blijkt de omvang van het geding in hoger beroep in ieder geval op vier te onderscheiden manieren te kunnen worden beperkt:

a. Als gevolg van de bewijslast ten aanzien van de feitenvaststelling in bestuurlijke fase (par. 4.2): soms laat de (appèl)rechter argumenten of gegevens reeds buiten beschouwing omdat appellant er niet mee is gekomen tijdens de bestuurlijke besluitvorming (trechter I). Ter verdediging van deze rechtspraak wordt gesteld dat de taak van de rechter is, het besluit op onrechtmatigheid te toetsen. Hij kan in deze visie de besluitvorming niet overdoen, als had ze nog niet plaatsgevonden, ook niet wat betreft de feitenvaststelling. Tijdens de besluitvorming moeten bepaalde kwesties door de belanghebbenden aan de orde worden gesteld en bepaalde gegevens door hen worden ingebracht. Gebeurt dat niet, dan doet het beperkte bereik of de onvolledige grondslag van het besluit niet af aan de rechtmatigheid ervan, tenzij het bestuur onzorgvuldigheid valt te verwijten.

b. Vervolgens wordt aangenomen dat de vordering(en) die door de appellant(en) wordt of worden gedaan, alsmede de gronden die in dit verband worden geproduceerd, de omvang van het geding begrenzen (par. 4.3). Hierbij is er in ieder geval sprake van een beperking voor de – mogelijke – omvang van het hoger beroep indien men ervan uitgaat dat reeds in eerste aanleg (eventueel in het licht van de bestuurlijke besluitvormingsprocedure (trechter I)) de grenzen van de rechtstrijd in essentie door partijen worden getrokken (trechter II). Daarom zal in paragraaf 4.3 enige aandacht worden besteed aan de omvang van het geding in eerste aanleg en de beperkende werking van beroepsgronden.

In hoger beroep wordt het geding in de regel verder beperkt door de gronden en vorderingen die door appellant (in hoger beroep) worden aangevoerd. Een vraag die in dit kader aan de orde is, is of het geding (los van ambtshalve activiteiten van de rechter) exclusief wordt afgebakend door deze gronden van de appellerende partij, danwel of en, zo ja, in hoeverre, de niet-appellerende partij (geïntimeerde of gedaagde) in het kader van zijn verweer nog (nieuwe) gronden mag produceren. Deze vraag wordt behandeld in paragraaf 4.4. Daarbij wordt ook ingegaan op de vraag of een wettelijke regeling van incidenteel appel wenselijk is.

c. Mede in het licht van het object van het geding in hoger beroep (in ieder geval de uitspraak in eerste aanleg), rijst vervolgens de vraag of de contouren van het geding in hoger beroep nog door partijen mogen worden gewijzigd door het produceren van nieuwe vorderingen, gronden of argumenten (trechter III). Hieronder worden verstaan vorderingen, gronden of argumenten die nog niet in eerste aanleg aan de orde zijn geweest. Deze vraag komt ter sprake in paragraaf 4.5.

d. Ten slotte blijkt de goede procesorde – zowel in eerste aanleg als in hoger beroep – als algemene procestechnische beginselnorm beperkingen te stellen aan het uitbreiden en/of wijzigen van de omvang van het geding door partijen (par. 4.6). Nagegaan zal worden welke betekenis(sen) dit begrip heeft en welke relatie bestaat tussen goede procesorde en het 'trechtermodel'.

Ten slotte wordt in paragraaf 4.7 aandacht besteed aan de (mogelijke) uitbreiding van het object van geding in hoger beroep door de toepassing van artikel 6:18 en 6:19 Awb in appèl.

Vanwege de lengte van dit hoofdstuk wordt elke onderdeel apart van een bevindingenparagraaf voorzien. In de paragrafen 4.4 en 4.7 wordt ook aandacht besteed aan de mogelijke wetwijzigingen waartoe de desbetreffende bevindingen aanleiding zouden kunnen geven.

4.2 FEITENVASTSTELLING EN BEWIJSLAST

4.2.1 Algemeen

De omvang van het geding in (hoger) beroep wordt, blijkens de opvattingen in de literatuur, de relevante jurisprudentie en de meningen van respondenten, in de eerste plaats bepaald door de visie omtrent de verantwoordelijkheid (taakafbakening) tussen bestuur en rechter wat betreft de vaststelling van de feiten. Leidende vraag is in dit verband of de bestuursrechter in beginsel enkel reageert op de feitenvaststelling zoals deze, gegeven de wederzijdse verantwoordelijkheden ter zake van bestuur en burger, door het bestuursorgaan is verricht, dan wel dat de rechter ter zake – los van de feitenvaststelling door het bestuur – een eigen verantwoordelijkheid heeft.

Hierna worden ten aanzien van het onderhavige vraagstuk de literatuur, jurisprudentie en de interviews in kaart gebracht. In het dossieronderzoek is aan dit vraagstuk geen aandacht besteed, omdat dit vooral betrekking had op de omvang van geding in hoger beroep ten opzichte van de eerste aanleg.

4.2.2 Literatuur

In de literatuur kunnen diverse opinies worden onderscheiden. Tegenover elkaar staan de opvattingen van Daalder en Schreuder-Vlasblom enerzijds en die van

De Bock anderzijds. Daarnaast verdienen de opvattingen van Damen en Marseille vermelding.

Opvatting van Daalder/Schreuder-Vlasblom¹

Het startpunt van de opvatting van Daalder/Schreuder-Vlasblom is dat in het bestuursrecht, anders dan in de civiele en strafrechtspraak, reeds een gezaghebbende feitenvaststelling door het bestuur heeft plaatsgevonden bij het nemen van het besluit (zijnde een publiekrechtelijke rechtshandeling). De bestuursrechter heeft niet de taak om deze feiten in het licht van nieuwe gegevens over feiten opnieuw vast te stellen. Hij moet beoordelen of het besluit, gelet op de verantwoordelijkheden van bestuur én burger, vanuit publiekrechtelijk oogpunt rechtmatig tot stand is gekomen. Is dit *niet* het geval, dan komt het besluit (in beginsel) voor vernietiging in aanmerking.

De wederzijdse verantwoordelijkheden van bestuur en burger worden bepaald door enerzijds artikel 3:2 Awb, dat aan het bestuur de plicht tot zorgvuldig onderzoek oplegt, en anderzijds door artikel 4:2 en volgende Awb, dat bij besluiten op aanvraag aan de burger een informatieplicht oplegt voor gegevens die tot diens 'bewijsdomein' behoren. Wanneer nu de burger uiterlijk in de fase van bezwaar niet aan deze informatieplicht heeft voldaan, terwijl het bestuur hem tijdig en genoegzaam daarover heeft geïnformeerd, dan kan het bestuur in beginsel niet worden verweten dat het onzorgvuldig heeft beslist. Gevolg hiervan is dat de burger deze informatie niet meer mag inbrengen bij de rechter in eerste aanleg (en evenmin in hoger beroep). Alleen bij punitieve besluiten ligt dit anders, omdat een informatieplicht voor de burger bij deze besluiten in strijd zou zijn met de onschuldpresumptie.²

Al met al houdt de rechterlijke beoordeling van feiten in eerste aanleg en hoger beroep het volgende in:

- a. De rechter bepaalt of de betreffende informatie tot het bewijsdomein van de burger behoort;
- b. Zo ja, dan beoordeelt hij of het bestuur heeft voldaan aan zijn verantwoordelijkheid de burger te waarschuwen dat van hem informatie wordt verwacht;
- c. Zo ja, dan kunnen nieuwe gegevens na het nemen van de beslissing op bezwaar niet meer door een appellant worden ingebracht; zo neen, dan kan dat wel.

Opvatting van De Bock³

In de opvatting van De Bock staat voorop dat een belangrijke karakteristiek van bestuursrechtspraak het zoeken naar de materiële waarheid is. De rechter moet, los van wat partijen aandragen, de 'werkelijke' feiten aan het licht brengen. Als actieve rechter (ongelijkheidscompensatie) moet hij de relevante feiten vaststel-

1. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000; zie ook Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 132-136.

2. Zie ABRS 15 april 1999, RAwb 1999/146 (de bewijslast voor de rechtsfeiten die een overtreding constitueren, ligt bij punitieve besluiten volledig bij het bestuursorgaan).

3. De Bock 2001.

len en, zo nodig, zelf onderzoek naar die feiten instellen. Daartoe beschikt de bestuursrechter over de onderzoeksbevoegdheden van afdeling 8.2.2 Awb. Door niet toe te staan dat de burger in de rechterlijke procedure nieuw bewijs levert ter betwisting van feiten zoals deze aan het besluit ten grondslag zijn gelegd – wellicht met als uitzondering, dat er een geldig excuus was waarom de burger zijn kaarten niet eerder op tafel heeft gelegd – doet de rechter niet aan (materiële) waarheidsvinding.

De Bock acht een dusdanige opstelling van de rechter in strijd met de Algemene wet bestuursrecht. Wanneer de burger al geen nieuw bewijs mag leveren, kan a fortiori de rechter geen adequaat feitenonderzoek verrichten en wordt het rechterlijke onderzoeksinstrumentarium een papieren tijger. Zij verwijst bovendien naar de memorie van antwoord bij artikel 6:13 Awb,⁴ waaruit zou blijken dat het aanvoeren van nieuwe feiten voor de rechter moet kunnen, tenzij het nieuwe feit van zodanige aard is dat daarmee – toegespitst op beschikkingen – sprake zou zijn van een nieuwe aanvraag. In de memorie van toelichting wordt verder gewezen op de belangrijke bijdrage die een mondelinge behandeling kan leveren bij het op tafel krijgen van relevante feiten en omstandigheden.⁵ Deze passage heeft volgens De Bock ook betrekking op nieuwe feiten en omstandigheden.

Een andere (restrictievere) benadering kan volgens De Bock bovendien in strijd zijn met artikel 6 EVRM, meer in het bijzonder met de eis van 'full jurisdiction'. Het onderzoek van de feiten en het daarbij in ogenschouw nemen van het feitencomplex is een essentieel onderdeel hiervan. Hierbij wordt als argument a contrario gewezen op de zaak Fischer,⁶ waarin het Hof géén strijd met artikel 6 EVRM aanwezig achtte, omdat in de administratieve rechtsgang in kwestie geen sprake was van een beperking van het onderzoek van de feiten of het niet meenemen van nieuw bewijs.

Dit laatste argument van De Bock wordt door Daalder/Schreuder-Vlasblom overigens expliciet besproken en afgewezen. Volgens hen heeft de eis van een full jurisdiction enkel betrekking op feiten die '*relevant for the dispute*' zijn, een en ander gegeven de aard en het object van het geschil. Het geschil heeft naar Nederlands recht geen betrekking op de aanvraag zelf maar op de (on)rechtmatigheid van een naar aanleiding van die aanvraag genomen besluit. Daarvoor zijn feiten die behoren tot het bewijsdomein van de burger – en waar het bestuur die burger uitdrukkelijk op heeft gewezen – niet meer relevant.

Overige opvattingen

Ten slotte verdienen de opvattingen van Damen en Marseille vermelding. Damen signaleert in diverse uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak, dat de burger in de procedure bij de rechter bepaalde gegevens niet meer kan inbrengen, omdat deze gelet op de bewijslast van de burger, reeds in de bezwarenfase hadden moeten worden ingebracht.⁷ Problematisch volgens hem is echter, hoe de

4. PG Awb II, p. 362.

5. PG Awb II, p. 173.

6. EHRM 26 april 1995, AB 1996/1, m.nt. 1cvdV. Zie reeds par. 2.3.4.

7. Damen 2000.

burger kan weten wat hij precies in bezwaar moet bewijzen. Als daarover geen duidelijkheid bestaat, dan is er sprake van een 'bewijsfuik', waarin een burger zich heel gemakkelijk kan vastzwemmen. Zeker zonder adequate juridische bijstand, maar ook mét. Daarnaast wijst hij op een aantal bezwaren van deze 'bewijsfuik':

a. Zij leidt tot een formalisering van bestuursrechtelijke procedures. In bezwaarschriften zullen standaardteksten worden opgenomen in de geest van: '...voor zover op de belanghebbende enige bewijslast mocht rusten, quod non, biedt de belanghebbende nu reeds aan om dit bewijs te leveren, mits door het bestuursorgaan wordt aangegeven welk bewijs relevant wordt geacht en voor het leveren ervan een redelijke termijn wordt gegund'.

b. De bezwaarschriftprocedure kan niet meer door een serieus ontwikkelde leek zonder rechtsbijstand worden gevoerd. Men dient er bijzonder alert op te zijn dat alle relevante feiten en/of gegevens reeds in deze fase aan de orde worden gesteld.

c. Er ontstaat onevenwichtigheid tussen de procestechnische positie van de burger en het bestuur. Het bestuur kan immers (bepaalde) gebreken wél herstellen ter voorkoming van zinloze vernietigingen. Damen bepleit dan ook de introductie van een 'bewijsfuik' voor bestuursorganen.

Marseille wijst eveneens op het gegeven dat het naar het oordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak niet altijd mogelijk is om in de beroepsprocedure bij de rechter in eerste aanleg (nieuw) bewijs naar voren te brengen dat niet reeds in bezwaar was aangevoerd.⁸ Meer in het bijzonder is dit het geval wanneer de desbetreffende stukken door de bezwaarmaker hadden moeten worden aangevoerd en het bestuursorgaan hierover niet kon beschikken. De auteur zet deze benadering af tegen die van de hoogste Duitse belastingrechter, het Bundesfinanzhof.⁹ Volgens deze rechter is het pas in beroep aanvoeren door de burger van gegevens die ook in de bestuurlijke fase hadden kunnen worden aangevoerd wel mogelijk, tenzij het meenemen ervan de beslechting van het geschil vertraagt. Daarbij is gevaar voor vertraging alleen aanwezig als het geschil langer zou duren bij het meenemen van de te late stukken dan bij het terzijde leggen ervan, hetgeen volgens het Bundesfinanzhof in het algemeen niet snel te verwachten is.

4.2.3 *Jurisprudentie*

Afdeling bestuursrechtspraak

In de rechtspraak van de ABRS komt het voor dat bepaalde feitelijke gegevens en bewijs niet meer bij de eerste rechter – en uiteraard evenmin in appel – kunnen

8. Marseille 2001, p. 67-75.

9. Bundesfinanzhof 10 juni 1999, NJW 1999, p. 3511-3512.

worden ingebracht, omdat deze gegevens niet reeds in bezwaar (of administratief beroep) naar voren zijn gebracht.¹⁰

In diverse zaken volgt de Afdeling op dit punt de lijn van Daalder en Schreuder-Vlasblom en kunnen deze nieuwe gegevens alleen door de rechter buiten de beoordeling worden gelaten, indien het bestuur in de fase van bezwaar duidelijk heeft aangegeven welk(e) bewijs(middelen) van de burger werd(en) verwacht. Als dan kon casu quo behoorde het de burger duidelijk te zijn welk bewijs in die fase had moeten worden ingebracht.

In een aantal andere zaken lijkt de Afdeling echter een meer rigide lijn te volgen en wordt het inbrengen bij de eerste rechter van nieuwe gegevens door appellant niet meer toegestaan, terwijl het niet duidelijk was dat de desbetreffende gegevens reeds in de bestuurlijke fase tot het (exclusieve) bewijsdomein van de burger behoorden en/of het bestuur ter zake van deze bewijslast in de bestuurlijke voorprocedure geen duidelijke voorlichting heeft gegeven. In deze zaken dreigt de burger terecht te komen in een 'bewijsfuij' en krijgt het trechtermodel rigide trekken.

Een heldere toepassing van de opvatting van Daalder en Schreuder-Vlasblom is te vinden in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 19 augustus 1999.¹¹ Het betrof in casu de toepassing van de Bijdrageregeling landbouwbedrijven overstromingsschade 1995. Een maatschap wenste een hogere bijdrage in verband met teeltplanschade en voerde daartoe aan dat bij het bepalen van de schade geen rekening werd gehouden met het feit dat zij winterbewaarprijs verbouwde en dat de prijs die hiervoor wordt verkregen, hoger ligt dan de door de minister gehanteerde prijs, waarbij de minister ervan uit was gegaan dat de prijs direct werd afgezet.

De Afdeling overweegt in appèl dat het de desbetreffende maatschap niet kan worden tegengeworpen dat zij eerst in beroep bij de rechtbank – naar aanleiding van de beslissing op het bezwaarschrift waarin expliciet werd vermeld dat bewijsstukken werden vereist – veilinggegevens en nota's van het koelhuis heeft overgelegd waaruit kon worden afgeleid dat het hier winterbewaarprijs betrof. De minister had tijdens de bezwaarschriftprocedure onvoldoende duidelijk gemaakt dat die bewijsstukken overgelegd dienden te worden.

Een ander fraai voorbeeld biedt een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 14 december 2000 inzake een besluit inzake planschadevergoeding.¹² In casu had de Rechtbank 's-Hertogenbosch in eerste aanleg een deskundigenrapport dat van de zijde van appellant was ingebracht, buiten beschouwing gela-

10. Behalve in de hierna genoemde rechtspraak ziet men dit ook in de rechtspraak inzake het welstandstoezicht. Vgl. Nijmeijer 2001, p. 252-253 en de daar besproken uitspraak van de ABRS van 18 juli 2000, 199902516/1. Uit deze uitspraak blijkt dat een deskundig tegenadvies in het algemeen reeds in bezwaar moet worden ingebracht. Het eerst overleggen van een tegenadvies in de rechterlijke procedure wordt alleen toegestaan indien het kan worden beschouwd als een nadere onderbouwing van gronden die in bezwaar reeds zijn aangevoerd.

11. ABRS 19 augustus 1999, AB 1999/403, m.nt. MSV. Zie ook: ABRS 28 september 2000, AB 2000/484, m.nt. Sew; ABRS 13 februari 2001, JB 2001/87, m.nt. RJNS.

12. ABRS 14 december 2000, JB 2001/15, m.nt. RJNS, RAWb 2001, 46, m.a. BdeW.

ten, omdat dit – in het bijzonder door toedoen van de rechtbank – te laat ter kennis van het bestuursorgaan was gebracht. Het desbetreffende rapport was eerst in de procedure gebracht *hangende* het beroep in eerste aanleg en derhalve na de beslissing op bezwaar. De Afdeling bestuursrechtspraak vernietigt de uitspraak in eerste aanleg en overweegt:

'Voorop staat dat geen rechtsbeginsel zich er tegen verzet dat Van Amstel (appellant, schr.) de op verzoek van de raad opgestelde adviezen over de schadevergoeding, waarvan het laatste in de bezwarenfase is opgesteld, in eerste aanleg bestrijdt met een eerst hangende dit beroep opgestelde contra-expertise.'

Uit deze uitspraak kan worden afgeleid dat indien het bestuursorgaan tijdens de bezwarenfase een deskundigenrapport inbrengt (en daarop zijn besluitvorming mede baseert), de uitkomsten van dit rapport door de appellant vervolgens nog hangende de procedure in eerste aanleg mogen worden bestreden door het overleggen van een contra-expertise, een en ander uiteraard binnen de grenzen van de goede procesorde. Van een 'bewijsfuik' is dan geen sprake.

Annotator Schlössels benadrukt in zijn noot onder de desbetreffende uitspraak het belangrijke verschil tussen het inbrengen van nieuwe feiten ten aanzien van het geschil 'ex nunc' en het inbrengen van nieuwe gegevens en/of bewijzen omtrent de feiten 'ex tunc'. Aangezien het bestuursproces in de regel een retrospectief karakter heeft, is het inbrengen van feiten die zich na het tijdstip van de bestreden besluitvorming hebben voorgedaan, in de regel niet aanvaardbaar. Ten aanzien van het inbrengen van nieuwe gegevens en/of bewijzen omtrent 'oude' feiten ligt een en ander echter genuanceerd. Schlössels merkt hierover het navolgende op:

'Het tweede aspect van de discussie (mijns inziens het belangrijkste) ziet dan ook op de vraag tot op welk moment een partij nieuwe procestechnische stukken, die betrekking hebben op de feitenvaststelling en/of waardering "ex tunc", in de procedure mag brengen. Naar mijn mening regeert hier slechts één overkoepelende rechtsnorm, namelijk de 'goede procesorde'. Partijen mogen elkaar – en de rechter – niet overrompelen met nieuwe producties. Hierdoor kunnen immers de eisen van hoor en wederhoor, en bijgevolg een zorgvuldige behandeling van de zaak in gevaar komen. Het bewerkstelligen van een 'goede procesorde' is maatwerk. In ieder geval mogen tot 10 dagen voor de zitting nadere stukken worden ingediend (art. 8:58, lid 1 Awb). Maar ook na dit tijdstip is de productie van aanvullende stukken (ten aanzien van de feiten) niet zonder meer ontoelaatbaar.'

Zoals reeds gesteld, lijkt in andere uitspraken van de ABRS sprake van een 'bewijsfuik' in de pejoratieve betekenis die Damen daaraan heeft gegeven. Een voorbeeld – dat in de literatuur veel aandacht heeft getrokken – is de Silicose 11-uitspraak.¹³ Blijkens deze uitspraak kon een patiënt die aan silicose leed, in de procedure bij

13. Zie met name Damen, 2000. Zie voorts de diverse annotaties: ABRS 28 juni 1999, AB 1999/360, m.nt. MSV; JB 1999/197, m.nt. RJNS; RAwb 2000, nr. 89, m.a. BdeW en M.C.D. Embregts.

de rechtbank de aard (en de omvang) van zijn longziekte niet meer aan de hand van geavanceerde medische beeldvormingsgegevens bewijzen. In casu werden gegevens die waren verkregen op basis van een HRCCT-scan en die eerst na het afronden van de bezwarenprocedure in eerste aanleg waren overgelegd, buiten de procedure gelaten. De Afdeling merkte de besluitvorming op basis van (conventionele) thoraxfoto's, die steunden op algemeen aanvaarde wetenschappelijke inzichten, niet als kennelijk onredelijk aan. Opmerkelijk in de uitspraak was, dat het bestuursorgaan in de fase van bestuurlijke besluitvorming niet had aangegeven welk bewijs van de betrokken burger werd verwacht en evenmin dat dit bewijs reeds in de bezwarenprocedure moest worden ingebracht. Niettemin overwoog de Afdeling:

'Bovendien kan, anders dan de rechtbank meent, er niet aan voorbij worden gegaan dat de onderhavige HRCCT-scans eerst na het nemen van de beslissingen op bezwaar zijn overlegd.' (...) 'De methodiek als zodanig (van de HRCCT-scans, auteurs) was naar zeggen van prof. Wouters vanaf het begin van de jaren tachtig algemeen beschikbaar en niets stond belanghebbenden in de weg deze gegevens, daargelaten de relevantie ervan, tijdig naar voren te brengen.'

In een noot onder deze uitspraak schrijft Schlössels:

'Ook al zou de Afdeling bestuursrechtspraak de HRCCT-scan in *beginsel* als toelaatbaar bewijs voor het aantonen van PMF hebben geaccepteerd, dan nog zouden de scangegevens in casu geen rol hebben mogen spelen. De Afdeling blijkt immers óók in situaties waarin géén belangen van derden in het geding zijn strikt vast te houden aan het omstreden 'trechtermodel'. (...) Zoals bekend, legt de Afdeling bestuursrechtspraak in dit kader óók relaties tussen bestuurlijke voorprocedures en de contentieuze fase (vgl. o.m. ABRS 21 september 1998, JB 1998/241, m.nt. HJS en ABRS 27 augustus 1998, JB 1998/ 273, m.nt. HJS). In casu gaat de Afdeling zelfs heel ver door het aanvoeren van nieuwe medische feiten (of beter bewijstechnische 'argumenten') *na* het afronden van de bezwarenfase uit te sluiten. Wellicht gaat het hier enkel om een standpunt dat is toegespitst op de silicoseproblematiek (vgl. reeds ABRS 17 juli 1997, AB 1998, 56, m.nt. FM), waarbij het waarborgen van een gestandaardiseerde beoordeling van de aanvragen van eenmalige uitkeringen een belangrijke factor vormt. Wat hier ook van zij, opmerkelijk is het contrast met de jurisprudentie van de Centrale Raad van Beroep. Uit deze jurisprudentie blijkt dat in voorkomende gevallen medische gegevens en/of feiten wél tot vlak voor de zitting (in eerste aanleg) naar voren mogen worden gebracht (vgl. bijv. CRvB 12 januari 1999, AB 1999, 244, m.nt. FP).'

In andere uitspraken van de ABRS lijkt in zoverre sprake van een 'bewijsfuijk', dat blijkens de overwegingen van de uitspraak *het enkele feit* dat de relevante gegevens niet in de bestuurlijke fase zijn ingebracht, reeds voldoende is om ze in de rechterlijke procedure uit te sluiten. Of appellanten door het bestuur adequaat zijn geïnformeerd over de op hen rustende bewijslast in de bestuurlijke fase, is

niet duidelijk, nu aan dit punt in de overwegingen geen aandacht wordt besteed. Ter illustratie dienen de volgende uitspraken.¹⁴

ABRS 23 augustus 1999.¹⁵ Blijkens deze uitspraak laten B&W van Uden na een aanvraag van een invalidenparkeerkaart de regionale GGD een geneeskundig onderzoek instellen en vragen zij deze dienst naar aanleiding van het bezwaarschrift om nader advies. In beroep bij de rechter overlegt de aanvraagster verklaringen van de behandelend longarts en de huisarts. Volgens de ABRs leiden deze niet 'tot een ander oordeel, reeds omdat die verklaringen dateren van na de beslissing op het bezwaarschrift en B&W daarover bij het nemen daarvan niet beschikten'.

ABRS 11 april 2000.¹⁶ Ongegrondverklaring door de rechtbank van het beroep tegen de handhaving door de Raad voor de Rechtsbijstand van het verzoek van appelland om een zaak als bewerkelijk aan te merken, opdat er meer dan 30 uur aan mag worden besteed.

'De Afdeling is van oordeel dat de rechtbank met juistheid heeft overwogen dat de raad zich in redelijkheid op het standpunt heeft kunnen stellen dat de zaak waarvoor appelland is toegevoegd niet als feitelijk en/of juridisch complex is aan te merken. Het betoog van appelland dat de rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij de door hem eerst in beroep bij de rechtbank overgelegde nadere stukken niet in haar beoordeling kan betrekken, faalt. Gelet op de datum van deze stukken gaat het hier om stukken die appelland reeds in het kader van zijn verzoek om toestemming bewerkelijke zaak, dan wel in het kader van administratief beroep, had kunnen overleggen. De goede procesorde verzet zich er dan ook tegen dat appelland bedoelde stukken eerst in het beroep bij de rechtbank in het geding heeft gebracht.'

ABRS 9 januari 2001.¹⁷ In verband met een hoger beroep tegen de ongegrondverklaring door een rechtbank van een beroep tegen een besluit van de minister van Buitenlandse Zaken tot weigering van de legalisatie van een geboortebewijs en een ongetrouwde verklaring, overweegt de Afdeling onder meer: '(d)e eerst in de beroepsfase in het geding gebrachte stukken heeft de rechtbank terecht buiten beschouwing gelaten, reeds omdat de minister hiermee bij het nemen van de beslissing op bezwaar geen rekening heeft kunnen houden'.

Om misverstanden te vermijden, wij sluiten niet uit dat de omstreden gegevens in de hiervoor vermelde zaken tot het bewijsdomein van de burger behoorden en zelfs niet dat het bestuur de burger daaromtrent adequaat heeft voorgelicht. Wat wel kan worden vastgesteld, is dat de uitspraken ter zake geen informatie bevatten en dat blijkens de overwegingen het enkele feit dat de gegevens niet in de bestuurlijke voorprocedure zijn aangevoerd, reeds voldoende is om ze in beroep

14. Zie voorts: ABRS 29 november 1999, AB 2000/131, m.nt. AvH, alsmede ABRS 1 juni 1999, AB 1999/126, m.nt. MSV.

15. ABRS 23 augustus 1999, Hoi.98.1793.

16. ABRS 11 april 2000, AB 2000/244, m.nt. MSV.

17. ABRS 9 januari 2001, RAwb 2001, nr. 49, m.a. BdeW.

bij de (eerste) rechter uit te sluiten. Aldus wekt de Afdeling ten minste de indruk dat zij een nogal rigide bewijsfuik hanteert.

Centrale Raad van Beroep

De Centrale Raad van Beroep heeft – anders dan de Afdeling – weinig problemen met het accepteren van nieuwe of aanvullende gegevens over de feiten, ook al hadden deze reeds in de fase van bezwaar of eerder kunnen worden aangevoerd. Van een beperking op dit punt als verdedigd door Daalder en Schreuder-Vlasblom, laat staan van een 'bewijsfuik', is geen sprake. De opvatting van De Bock lijkt hier de leidende te zijn. Wanneer een besluit blijkens te laat door de burger ingebrachte feiten en gegevens inhoudelijk rechtens onhoudbaar is, dan wordt het vernietigd, ook al kan het bestuursorgaan geen onzorgvuldigheid worden verweten.

Dit standpunt blijkt zonneklaar uit een uitspraak van 23 juli 1996.¹⁸ In deze zaak over een arbeidsongeschiktheidsuitkering werd pas in beroep bij de rechtbank de jaarrekening ingediend die van beslissend belang was voor het bepalen van de hoogte van het inkomen voor dat jaar. De rechtbank liet deze buiten beschouwing, omdat de jaarrekening pas na het bestreden besluit tot stand was gekomen, zodat het bestuur daarmee niet bekend kon zijn. De Raad kon zich hiermee echter niet verenigen: het staat partijen vrij hun stellingen met betrekking tot de juistheid van de feiten waarvan bij het nemen van een beslissing als onderhavige dient te worden uitgegaan, tijdens de behandeling van het (hoger) beroep nader te staven met later opgekomen bewijsmiddelen. Ook komt het voor dat de Centrale Raad van Beroep nog ter zitting getuigen hoort om een stelling te verifiëren, zelfs wanneer die strijdig is met hetgeen de burger eerder tegenover het bestuursorgaan heeft verklaard.¹⁹

Dat de onrechtmatigheid van het besluit (mede) is te wijten aan het feit dat de burger bepaalde stukken niet eerder aan het bestuursorgaan ter hand heeft gesteld, blijft overigens niet helemaal zonder repercussie. Het verwijt dat de burger op dit punt kan worden gemaakt, kan in de eerste plaats worden verdisconteerd in het (partieel) achterwege laten van de veroordeling van het bestuur in de proceskosten.²⁰ Daarnaast, zo blijkt uit een CRvB-uitspraak van 29 februari 1996, kan dit verwijt ook leiden tot een reductie (of het volledig achterwege laten) van de schadevergoeding:²¹ in deze uitspraak werd de ingangsdatum van de renteschade naar aanleiding van een onrechtmatig besluit inzake een ambtelijke uitkering bepaald op het tijdstip dat de betrokken burger de voor de besluitvorming noodzakelijke specificaties en nota's aan het bestuursorgaan had verstrekt.

18. RSV 1997, 17. Zie ook CRvB 21 maart 2000, RSV 2000, 105, alsmede CRvB 6 maart 1998, AB 1998/349.

19. AB 1998/14.

20. Zie behalve de in de vorige noot vermelde uitspraak, ook bijv. CRvB 8 maart 1999, RSV 1999, 208 en CRvB 19 november 1998, TAR 1999, 22.

21. CRvB 29 februari 1996, TAR 1996/77.

4.2.4 Interviews

De meeste respondenten tonen zich terughoudend ten aanzien van de veronderstelde 'bewijsfuik'. Vrij algemeen wordt het aanvaardbaar geacht dat nieuwe (bewijstechnische) argumenten ook nog na de beslissing op bezwaar in de procedure mogen worden gebracht. Dit geldt zeker voor deskundigen-rapporten (contra-expertise) die volgens een groep respondenten in beginsel zelfs tijdens de behandeling in hoger beroep mogen worden ingebracht op voorwaarde dat hoor en wederhoor is verzekerd (goede procesorde). Anderzijds zijn de meeste respondenten het er wél over eens dat het bewust – of op ernstig verwijtbare wijze – achterhouden van informatie omtrent relevante feiten niet aanvaardbaar is. Voorkomen moet worden dat appellanten door een dergelijk verwijtbaar gedrag incidenten in de procedure veroorzaken met als belangrijkste oogmerk het bewerkstelligen van vertraging.

De meeste respondenten zien overigens een duidelijk verschil in benadering tussen de appèlrechters. Een groep respondenten brengt het verschil tussen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep in dit kader onder woorden door te stellen dat de Afdeling iets strenger, gouvernementeler en meer formeel-juridisch is, terwijl de Centrale Raad de finale geschilbeslechting (waartoe een gedegen vaststelling van de feiten onmisbaar is) vooropstelt.

4.2.5 Bevindingen

Bij het toelaten bij de (appèl)rechter van nieuwe argumenten, feiten en bewijs die reeds in de bestuurlijke procedure hadden kunnen worden aangevoerd, volgen beide appèlrechters een verschillende koers.

In de rechtspraak van de ABRS komt het voor dat dergelijke nieuwe gegevens niet meer bij de eerste rechter – en uiteraard evenmin in appèl – kunnen worden ingebracht, omdat zij niet reeds in bezwaar (of administratief beroep) naar voren zijn gebracht. Het gaat dan om gegevens die reeds in deze fase tot het bewijsdomein van de burger behoren. In diverse zaken volgt de Afdeling op dit punt de lijn van Daalder en Schreuder-Vlasblom en kunnen deze nieuwe gegevens alleen door de rechter buiten de beoordeling worden gelaten, indien het bestuur in de fase van bezwaar duidelijk heeft aangegeven welke bewijs(middelen) van de burger worden verwacht. Alsdan kon casu quo behoorde het de burger duidelijk te zijn welk bewijs in die fase moest worden ingebracht. In een aantal andere zaken wordt het inbrengen bij de eerste rechter van nieuwe gegevens door appellant echter niet toegestaan, terwijl uit de motivering van de uitspraak niet duidelijk blijkt dat de desbetreffende gegevens in de bestuurlijke fase tot het (exclusieve) bewijsdomein van de burger behoorden en/of het bestuur ter zake van deze bewijslast in bezwaar duidelijke voorlichting had gegeven. In deze zaken dreigt de burger terecht te komen in een 'bewijsfuik'.

De Centrale Raad van Beroep heeft weinig problemen met het accepteren van nieuwe gegevens over de feiten, ook al hadden deze reeds in de fase van bezwaar of eerder kunnen worden aangevoerd en kon het bestuur van deze feiten niet op

de hoogte zijn. Volgens de Centrale Raad staat het partijen vrij hun stellingen met betrekking tot de juistheid van de feiten tijdens de behandeling van het (hoger) beroep nader te staven met later opgekomen bewijsmiddelen. Het verwijt dat de burger kan worden gemaakt dat hij bepaalde stukken niet eerder aan het bestuursorgaan ter hand heeft gesteld, kan worden verdisconteerd in het (partieel) achterwege laten van de veroordeling van het bestuur in de proceskosten, dan wel in een reductie (eventueel tot nul) van de toe te kennen schadevergoeding.

4.3 OMVANG VAN GEDING IN EERSTE AANLEG

4.3.1 Algemeen

Zoals in paragraaf 4.1 is aangestipt, is enige aandacht voor de omvang van het geding in eerste aanleg noodzakelijk voor een goed begrip van de (mogelijke) omvang van het appèlgeding. Beperkingen in de omvang van het geding in eerste aanleg werken – zo luidt de algemene opvatting – immers door in de fase van het hoger beroep. Besluitonderdelen die in eerste aanleg niet ter discussie stonden, kunnen in de regel ook niet in appèl aan de orde worden gesteld. In hoger beroep kunnen bovendien niet zonder meer *volledig* nieuwe gronden of argumenten worden aangevoerd: in dit verband wordt de opvatting verdedigd dat dit alleen mogelijk is, indien er een rechtvaardiging bestaat waarom deze bezwaren niet eerder in de procedure zijn aangevoerd.²² Hierdoor tekent zich het beeld van een ‘trechter’ af, waarbij de harde buitengrens van het geding in hoger beroep in ieder geval wordt gevormd door de grenzen van het geding in eerste aanleg. Een algehele ‘verbreding’ van de rechtsstrijd in appèl is in de regel uitgesloten.

Teneinde de relatie tussen de fase eerste aanleg en de appèlfase te kunnen bepalen worden hierna eerst enkele opvattingen over de mate en wijze waarop het geding en geschil in eerste aanleg worden beperkt, in kaart gebracht. Het onderzoek is op dit punt beperkt tot een korte weergave van de belangrijkste opvattingen in de literatuur en enige hoofdlijnen in de jurisprudentie. Omdat de onderzoeksopdracht primair is toegespitst op (de omvang van) het geding in hoger beroep, is de aandacht voor de eerste aanleg beperkt. Er vindt bijvoorbeeld geen weergave plaats van het dossieronderzoek en de interviews omdat deze aspecten van het onderzoek vooral betrekking hebben op de appèlfase. Voorts wijzen wij erop dat – zoals in paragraaf 1.4.1 reeds is aangekondigd – in deze paragraaf onderscheid wordt gemaakt tussen de omvang van het geding en de omvang van het geschil. Waar het bestreden besluit(onderdeel) de buitengrens van het geding aangeeft, daar wordt het rechtsgeschil in beginsel afgebakend aan de hand van de door appellant(en) geformuleerde beroepsgrond(en).

22. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 256. Zie hierover uitvoerig par. 4.5.

Vooraf dient er in dit verband op te worden gewezen dat over het object van het beroep in eerste aanleg de meningen niet uiteenlopen: dat is het bestreden besluit of onderdeel van dat besluit. Dit besluit bepaalt de harde buitengrenzen van het *geding*. Of zoals de Rechtbank Assen het omschrijft in een uitspraak van 3 juli 1998:²³ de rechter kan niet treden buiten hetgeen door het bestuursorgaan is beslist of geacht moet worden te zijn beslist. In hoeverre het *geschil* vervolgens binnen deze buitengrenzen nader wordt (kan worden) beperkt door partijen, is een vraag waarover wél verschillend wordt gedacht.

Volgens vrijwel alle auteurs wordt de omvang van het *geschil* in eerste aanleg in ieder geval beperkt door de 'vordering' van de appellant. Volgens een aantal auteurs is dit direct ook de enige beperking.²⁴ Deze auteurs hangen bijgevolg een ruime opvatting aan. Zij vertrouwen, wat betreft de invulling van de rechtmatigheidstoets, op de expertise van de rechter die vaak wel weet waar de schoen juridisch wringt. De vordering is doorgaans de vernietiging van het gehele besluit, ofschoon het begrip 'vordering' in de memorie van toelichting bij artikel 8:69 Awb niet scherp wordt afgebakend.²⁵ De stelling van een appellant dat een besluit(onderdeel) 'onrechtmatig' (of wellicht beter: 'in strijd met het – objectieve – recht') is, leidt in beginsel tot toetsing. Aldus beschouwd, valt de omvang van het *geding* goeddeels samen met de omvang van het *geschil*.

De vordering kan, zoals gesteld, ook beperkt zijn tot een bepaald (splitsbaar) 'onderdeel' van een besluit, dan wel tot bepaalde rechtsgevolgen en modaliteiten van het aangevallen besluit, zoals bepaalde aan het besluit verbonden voorschriften, de ingangsdatum van het besluit, de betalingstermijn, et cetera. Voorzover een besluit 'gedeeld' kan worden, moet de rechter in beginsel zijn toetsing tot het aangevallen onderdeel beperken. Een aldus bewerkstelligde afbakening van het *geding* in eerste aanleg werkt in de regel door in het vervolg van de procedure en dus óók in hoger beroep. Argumenten voor deze benadering kunnen worden gevonden in: het verdedigingsbeginsel, het belang van rechtszekerheid en het beginsel van partij-autonomie. Maar ook praktische argumenten spelen een rol. Het is de rechter onmogelijk om alle bestreden besluiten integraal op rechtmatigheid te toetsen.²⁶

Deze benadering over de omvang van het *geding*, waarvoor een breed draagvlak in de literatuur bestaat, vindt steun in de parlementaire geschiedenis.²⁷ Voordat de rechter ervan uitgaat dat een appellant inderdaad slechts een bepaald deel of aspect van een besluit ter discussie stelt, zal hij zich – bij onduidelijkheid van de beroepsgronden – hiervan overigens expliciet moeten vergewissen. In de memorie van toelichting wordt hieromtrent het navolgende opgemerkt:²⁸

23. AB 1998, 319.

24. Stroink 2000, p. 89, De Bock 1999, p. 1152-1155.

25. Vgl. RG Awb II, MvT, p. 463-464.

26. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 125.

27. Vgl. RG Awb II, MvT, p. 463.

28. RG Awb II, MvT, p. 463.

'Uit het bovenstaande vloeit in de eerste plaats voort, dat die onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen, door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten. Wel past hier de kanttekening, dat de rechter niet zonder meer zal kunnen afgaan op de in het beroepschrift geformuleerde grieven. Uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepschrift kan men immers niet zonder meer afleiden dat de appellant welbewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen en derhalve in deze gebreken zou willen berusten. Het past goed bij de actieve rol die de rechter in de procedure heeft, dat deze de appellant in de gelegenheid stelt zich hieromtrent nader uit te laten.'

In het vervolg van deze paragraaf komt de vraag aan de orde of er (in eerste aanleg) ook andere beperkingen (kunnen) worden aangelegd ter beperking van de omvang van het *geschil*. Hierbij dient tegen de achtergrond van artikel 8:69, eerste lid Awb in ieder geval te worden gedacht aan de door een appellant aangevoerde grieven, gronden, feitelijke grondslagen (argumenten), et cetera. Leidende gedachte is in dit kader dat onder de Algemene wet bestuursrecht niet langer een algehele rechtmatigheidscontrole uitgangspunt voor toetsing vormt, maar geschilbeslechting, of wellicht beter: de beoordeling van *concrete* bezwaren die een appellant tegen een besluit formuleert aan de hand van de maatstaven van het recht.²⁹

4.3.2.1 *Correctie: formele gebreken*

Een eerste beperking zou kunnen worden gevonden in de leer van het stellen van 'formele' gebreken. Deze opvatting voegt aan de algemene beperking tot de vordering casu quo 'besluitonderdeel' en/of rechtsgevolg toe dat *formele* gebreken in essentie door een appellant moeten worden aangevoerd, tenzij het gaat om een kwestie van openbare orde (zie hoofdstuk 5). Anders gezegd, de rechter hoeft (en mag) in het kader van de te volvoeren toetsing geen aandacht te besteden aan 'formele' gebreken, tenzij het beroep van een appellant daar aanleiding toe geeft.³⁰

Een representant van deze opvatting is Allewijn.³¹ Volgens hem moet de rechter alleen aan formele gebreken toetsen indien belanghebbende zich op de schending daarvan heeft beroepen (grievensstelsel), tenzij deze van openbare orde zijn. Ook de opvatting van De Waard gaat in deze richting, zij het dat hij het iets ruimer (en vanuit de optiek van de rechter) formuleert.³² Volgens hem moet de rechter niet ambtshalve toetsen indien er sprake is van een formeel gebrek waarvan bovendien niet bij voorbaat duidelijk is dat het voor de materiële uitkomst van het geschil verschil maakt.

Voor de materiële kant van het geding gelden voor Allewijn uitsluitend de beperkingen van de ruime opvatting, met andere woorden een beperking tot de vordering casu quo specifieke 'onderdelen' en/of rechtsgevolgen van het bestre-

29. Zie uitvoerig 'recours objectif' en 'recours subjectif': Schreuder-Vlasblom 1994, p. 9 e.v. En meer recentelijk ook: Schreuder-Vlasblom 2001b, i.h.b. p. 127.

30. Illustratief is bijv. CRvB 7 februari 2001, AB 2001/178, m.nt. H.B.

31. Allewijn 1998.

32. De Waard 1998, p. 70.

den besluit. De Waards visie lijkt in dezelfde lijn te liggen: volgens hem moet de rechter ook overgaan tot toetsing indien een bepaalde grond niet letterlijk is aangevoerd, maar wel past in de strekking van de bezwaren die een appelland tegen een besluit heeft. De bekende zaak *Schaap/Zaandam* kan in deze lijn worden ingepast.³³ Verdedigbaar is dat de rechter hier niet 'ambtshalve' toetste in enge zin, maar de (rechts)gronden van appelland ambtshalve aanvulde. Hierbij speelt het bieden van ongelijkheidscompensatie aan de 'niet deskundige' burger-appelland (wat de materiële aspecten van een geschil betreft) een rol.

Het onderscheid tussen formele en materiële gebreken wordt door zowel Allewijn als De Waard overigens mede verdedigd met een beroep op de wens van de wetgever, dat in bestuursrechtspraak zoveel mogelijk materieel en finaal wordt beslist.

4.3.2.2 *Binding van de bestuursrechter aan beroepsgronden: gradaties*

Diverse auteurs beperken de ruime opvatting door ervan uit te gaan, dat de door appelland aangevoerde gronden (het geschil) de omvang van het geding nader beperken. Anders dan bij de gematigde opvatting wordt daarbij in beginsel geen onderscheid gemaakt tussen 'formele' en 'materiële' gronden. De beperking tot de gronden wordt meestal gemotiveerd met een verwijzing naar de wens van de wetgever dat vanwege de rechtsbeschermingsoptiek hetgeen een appelland met zijn beroep wenst te bereiken – afgezien van kwesties van 'openbare orde' – maatgevend moet zijn voor de omvang van de strijd in rechte. Daarbij valt ook nogal eens het woord 'partij-autonomie'. Het bestuursproces wordt gepresenteerd als een 'partijengeschil' (contradictoir geding) tussen een bestuursorgaan en één of meer burgers. De burger-appelland heeft tot op zekere hoogte een eigen verantwoordelijkheid om zijn bezwaren te formuleren.

Het begrip 'gronden' is ontleend aan artikel 6:5 Awb, waarin wordt bepaald dat het beroepschrift de gronden van beroep moet bevatten, in relatie tot artikel 8:69, eerste lid Awb. In de laatstgenoemde bepaling is onder meer bepaald dat de rechter 'op grondslag van het beroepschrift' uitspraak dient te doen. Volledige duidelijkheid bieden deze verwijzingen overigens niet, getuige het feit dat de auteurs verschillend denken over de vraag wat precies onder 'gronden' moet worden verstaan. Verder kan worden opgemerkt dat de mate waarin de gronden beperkend werken, mede kan worden bepaald door de visie van de onderscheiden auteurs op de betekenis van ongelijkheidscompensatie. Sommige auteurs eisen een duidelijke, afgebakende formulering van de gronden, terwijl anderen genoeg nemen met een vage adstructie op basis waarvan de rechter vervolgens behoort 'door te vragen'. Wat dit laatste betreft, dient met nadruk te worden gewezen op het nogal hybride karakter van artikel 8:69, eerste lid Awb waarin immers óók is bepaald dat de rechter uitspraak doet op grondslag van de 'overgelegde stukken' en 'het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting'. Dit gegeven lijkt de rechter een stevig handvat te geven voor 'ambtshalve' praktijken, waaronder het interpreteren van gronden en het – in samenspraak met partijen – nader invullen en/of aanvullen van deze gronden. Bij de hierna te bespreken visie gaat

33. De Waard 1998, p. 69. Zie par. 5.2.3 voor een bespreking van *Schaap/Zaanstad*.

het om nuances. Grote principiële verschillen lijken er – wat het formuleren van gronden betreft – niet te bestaan, ofschoon er wél bepaalde accenten worden gelegd.

A. Redelijk strikt zijn Schreuder-Vlasblom en Hoogenboom:³⁴ naar hun opvatting vindt de afbakening van het geding plaats aan de hand van de door appellant aangevoerde gronden. Uit de gronden kan worden opgemaakt waarom eiser het oneens is met het besluit, dan wel met welk gedeelte van het besluit. Naast de gronden zijn er – althans volgens Hoogenboom – de argumenten, waarmee de juistheid van de in de gronden vervatte gedachtegang wordt aangetoond. Vernietiging op een niet-aangevoerde grond is in de regel niet toegestaan. Schreuder-Vlasblom is voorts van mening dat het slechts poneren van de stelling dat een besluit onrechtmatig is en bijgevolg vernietigd moet worden, een onvoldoende adstructie is. Het moet gaan om concrete bezwaren tegen het besluit, alhoewel er ook weer geen sprake mag zijn van een 'valstrik'. Zeker in eerste aanleg moet de rechter bezien wat de aanlegger aan de orde wil stellen en zo nodig om verduidelijking vragen.³⁵

B. Ook volgens Schlössels zijn de 'gronden' beperkend voor de omvang van het geding. Daarbij omschrijft hij 'gronden' als feitelijke of rechtsgronden die het beroep van appellant ondersteunen.³⁶ Zij hoeven niet juridisch te worden geformuleerd maar geven in de bewoordingen van appellant aan waarom deze het met het besluit niet eens is. De beperkende werking van de gronden voor de omvang van het geding wordt overigens deels ongedaan gemaakt doordat Schlössels van de rechter verwacht dat hij met het oog op *ongelijkheidscompensatie* nauwkeurig moet nagaan wat appellant met een bepaalde grond heeft bedoeld en waar de grenzen van de (feitelijke) grond liggen. Hierbij lijkt hij verder te gaan dan Schreuder-Vlasblom en het begrip ongelijkheidscompensatie ruimhartiger te interpreteren.³⁷ Zo moet de rechter zo nodig – in het licht van de stukken – nagaan of de burger nog andere gronden aan de orde wil stellen. De burger mag, mede gelet op de afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging in het bestuursproces, niet worden afgevangen op een gebrekkige (en te algemene) for-

34. Schreuder-Vlasblom 1998a, p. 120, idem 2001a, p. 122-126; Hoogenboom 1998, p. 129.

35. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 125; idem 1998a, p. 121: 'Het gaat er niet om appellant te 'pakken' op zijn formuleringen, maar om te bezien wat hij aan de orde wenst te stellen en waarin hij berust. Zo nodig kan de rechter om verduidelijking vragen.'

36. Schlössels 1999, p. 11-14.

37. Schreuder-Vlasblom acht een te ruime 'ongelijkheidscompensatie' in het voordeel van de burger – waarbij overigens het verbod van *reformatio in peius* in acht wordt genomen – op gespannen voet te staan met de onpartijdigheid van de rechter. In dit kader waarschuwt zij voor mogelijke 'discriminerend' van belangen die door het bestuur (moeten) worden behartigd. Zie Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 124. Ongelijkheidscompensatie kan volgens haar in ieder geval niet meer aan de orde zijn zodra in het voordeel van een burger (appellant) wordt getoetst aan recht dat diens belangen niet beschermt. Hierover stelt zij: 'De onpartijdigheid van daartoe strekkende rechtspraak verdraagt echter slechts dat de rechter zich op voorhand schaaft aan de zijde van recht van de aanlegger. Treedt hij daarbuiten door ook te toetsen aan ander recht dan dat wat strekt tot diens bescherming, dan rijst toch de vraag of hij dat doen kan, uitsluitend voor zover dit het belang van de aanlegger dient. Ik denk van niet.' Vgl. Schreuder-Vlasblom, 2001b, p. 127.

mulering van de gronden. Onduidelijkheden moeten door de rechter in het vooronderzoek of ter zitting *actief* aan de orde worden gesteld en kunnen alsdan getoetst op artikel 8:69, eerste lid Awb door de rechter in de beoordeling worden betrokken.

C. Ten slotte wordt hier de opvatting van Kooper vermeld.³⁸ Volgens hem wordt het geding behalve door de vordering – die beperkend kan zijn in die zin dat slechts bepaalde rechtsgevolgen of modaliteiten van het besluit worden aangevochten – beperkt door de feitelijke grondslag als bedoeld in artikel 8:69, eerste lid Awb. Analooq aan het civiele recht (zie art. 1.3.5 t/m 1.3.7 NRV) wordt hiermee, volgens deze auteur, bedoeld de zakelijke, feitelijke aanduiding van de redenen waarom partijen het besluit vernietigd of juist niet vernietigd willen zien. Zij valt uiteen in de zakelijke partijstandpunten die de grondslag van de rechtsstrijd uitmaken, alsmede in feiten en omstandigheden die dienst doen ter staving of weerlegging van de partijstandpunten. De juridische duiding hiervan door partijen beperkt op geen enkele wijze de omvang van beroep; van partijen wordt immers geen juridische duiding verwacht.

Kooper acht het overigens – min of meer in lijn met Schlössels – mogelijk dat de grondslag van het geding gedurende de procedure wordt uitgebreid, doordat een partij een door de rechter gesuggereerd argument (eventueel stilzwijgend) overneemt. Hij verwijst in dit verband naar de opmerking uit de MvT, dat de rechter uit het ontbreken van een bepaalde stelling niet zonder meer mag opmaken dat appelland dat welbewust heeft gedaan en naar het belang van ongelijkheidscompensatie. Wél waarschuwt hij ervoor dat deze rechterlijke 'rechtshulp' in strijd kan zijn met het onpartijdigheidsbeginsel.

4.3.3 Jurisprudentie

Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre de (procestechnische) 'wensen' van een appelland de omvang van het geding in eerste aanleg beperken, is het – zo blijkt uit de literatuurstudies – zinvol om een onderscheid te maken tussen formele en materiële gebreken.

Bij formele gebreken gaat het doorgaans om schendingen van de procedurele bepalingen van de Algemene wet bestuursrecht. Op dit punt volgen beide appèlrechters eenzelfde lijn. Tenzij het gaat om bepalingen van 'openbare orde' (zie hoofdstuk 5), dienen partijen ter zake van procedurele gebreken gronden aan te voeren, alvorens de rechter – in eerste aanleg – de rechtmatigheid van het besluit op dit punt zal beoordelen. Men kan dit uitgangspunt ook omgekeerd formuleren: indien een appelland in zijn beroepschrift géén gronden aanvoert met betrekking tot procedurele gebreken, wordt het geding op dit punt beperkt. De jurisprudentie ter onderbouwing van deze benadering hangt nauw samen met de rechtspraak inzake ambtshalve toetsing casu quo de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, alsmede die omtrent de bepalingen van openbare orde. Deze

38. Kooper 2000, p. 172-174.

rechtspraak wordt nog uitvoerig besproken in paragrafen 5.2.1 en 5.2.2. Op deze plaats kan daar korthedshalve naar worden verwezen.

Wat betreft de materiële gebreken, kan worden vastgesteld dat ook hierbij de door appellant aangevoerde gronden beperkend kunnen zijn voor de omvang van het geding.³⁹ De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt zich daarbij ietwat strikter te oriënteren op de door appellanten geformuleerde gronden dan de Centrale Raad van Beroep. Ook hier gaat het om nuances, zodat het doen van generaliserende uitspraken niet altijd verantwoord is. Ter adstructie volgt hierna enige relevante rechtspraak.

Een uitspraak van de Afdeling waarin deze zich tamelijk strikt oriënteert op de gronden, is ABRS 17 maart 1998.⁴⁰ Hierin overweegt de Afdeling dat een voorschrift als artikel 22, tweede volzin, Wet individuele huursubsidie door de rechter slechts wordt toegepast indien daarop door belanghebbenden met zoveel woorden beroep is gedaan:

'Het dwingende voorschrift van art. 22, tweede volzin, strekt uitsluitend ter bescherming van de belangen van degene die tot terugbetaling wordt verplicht. Verhappen en Van Buul hebben er bij de rechtbank niet over geklaagd dat appellant (de staatssecretaris van volkshuisvesting, red.) geen termijn heeft gesteld waarbinnen zij tot terugbetaling van de uitbetaalde huursubsidie moeten overgaan. Een voorschrift als artikel 22, tweede volzin, wordt door de rechter slechts toegepast indien daarop door belanghebbenden een beroep is gedaan, tenzij uit de strekking van de bepaling anders voortvloeit. Dat laatste doet zich hier niet voor. Dit betekent dat de rechtbank in strijd met artikel 8:69 van de Algemene wet bestuursrecht buiten de grenzen van het haar voorgelegde geschil is getreden, door te beslissen als hiervoor vermeld.'

De conclusie kan zijn, dat in het geval appellant ter zake van de schending van onderhavige bepaling uit de Wet individuele huursubsidie géén gronden aanvoert, het geschil op dit punt beperkt is. Niet duidelijk is of daarbij een rol speelt of appellanten deze grond welbewust of om andere redenen, zoals bijvoorbeeld een gebrekkige kennis van het recht, niet hebben aangevoerd. In elk geval bevat de uitspraak ter zake te weinig informatie.

Een beperking tot de gronden was eveneens aan de orde in een uitspraak van de Afdeling van 4 november 1997.⁴¹ Hier speelde de vraag of de rechtbank buiten het geschil was getreden door te oordelen over het sanctiemiddel dat burgemeester en wethouders van Leiden hadden ingezet om een eind te maken aan een met

39. Vgl. in dit verband ook Schreuder-Vlasblom 2001, p. 131, die erop wijst dat de Afdeling materiële normen niet van openbare orde acht indien deze bijzondere belangen beschermen. Er dient (feitelijk) een beroep op te worden gedaan. Dit kan – onder verwijzing naar ABRS 13 mei 1996, Hoi.95.0192 – volgens haar anders zijn bij normen die zeer kwetsbare (weinig weerbare) belangen beschermen dan wel waar de naleving cruciaal is voor de bestuurlijke integriteit (vgl. ABRS 21 januari 1997, AB 1997/136).

40. JB 1998/130; herhaald in ABRS 19 maart 1999, AB 1999/205, m.nt. MSV; JB 1999/133, m.nt. RJNS; RAWb 1999, 165, m.a. Schueler.

41. ABRS 4 november 1997, RAWb 1997, 48, m.a. Widdershoven (Leids pension).

het bestemmingsplan strijdig gebruik van een woonhuis als pension, terwijl de bezwaren van appellant waren gericht tegen de uitleg van het overgangsrecht van het bestemmingsplan. De Afdeling overwoog:

'Met appellant (b en w) moet worden vastgesteld dat de stichting (appellant in eerste aanleg) in beroep bij de rechtbank op generlei wijze is opgekomen tegen het door b en w gekozen middel om aan het de met het bestemmingsplan strijdige gebruik van het pand een eind te maken. Naar ook ter zitting van de zijde van de stichting is bevestigd, waren de bezwaren beperkt tot de uitleg van het overgangsrecht en richtten deze zich niet tegen de opgelegde sanctie. Dit betekent dat de rechtbank is getreden buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil en, dusdoende, de betekenis van artikel 8:69, eerste lid, Awb heeft miskend.'

Van belang is in casu natuurlijk wel, dat de stichting ter zitting met zoveel woorden bevestigde dat haar bezwaren een beperkte strekking hadden. Dat de Afdeling alsdan de rechtbank aan deze beperkte strekking houdt, ligt dan voor de hand.

Beperking van de omvang van de rechtsstrijd door de gronden ziet men ook in sommige rechtspraak van de CRvB. Gewezen kan worden op een uitspraak van de CRvB van 24 oktober 1997.⁴² In deze zaak had de rechtbank een besluit waarbij was bepaald dat belanghebbende in aanmerking kwam voor deelname aan collectief vervoer onder beëindiging van de hem tot die datum toegekende individuele vervoersvergoeding, vernietigd vanwege de kosten van openbaar vervoer, terwijl appellant tegen het besluit uitsluitend had aangevoerd dat hij vanwege zijn medische situatie niet met het openbaar vervoer kon reizen. De CRvB overwoog:

'Waar in het onderhavige geval gedaagde (appellant in eerste aanleg) in het kader van zijn bezwaar en beroep tegen de toekenning door appellant van het recht op deelname aan collectief vervoer geen grieven heeft aangevoerd welke op enigerlei wijze in verband kunnen worden gebracht met de daaraan voor hem verbonden kosten is de rechtbank getreden buiten de door artikel 8:69 Awb aangegeven grenzen van het haar voorgelegde geschil door die kosten bij haar oordeelsvorming te betrekken. De aangevallen uitspraak komt derhalve reeds op die grond voor vernietiging in aanmerking.'

Een vergelijkbare beperking was aan de orde in een uitspraak van de CRvB van 25 februari 1999.⁴³ In deze militaire ambtenarenzaak was geen vergoeding toegekend voor het vervoer van kinderen van Curaçao naar Nederland, omdat zij niet werden aangemerkt als kinderen in de zin van het Verplaatsingsbesluit. De rechtbank verwierp de aangevoerde grond dat het besluit in strijd zou zijn met artikel 8 EVRM. Daarnaast toetste de rechtbank ambtshalve aan de hardheidsclau-

42. CRvB 24 oktober 1997, JB 1997/273. Zie voor een vergelijkbare zaak: CRvB 31 oktober 1997, AB 1998/102.

43. CRvB 25 februari 1999, Awb 97/1783 MAWKMA Roo692.

sule van het Besluit, maar achtte deze niet van toepassing. De Centrale Raad stelde zich vervolgens op het standpunt dat het beroep van appellant zich beperkte tot schending van artikel 8 EVRM. Volgens de Raad had de rechtbank de grenzen van het geschil in de zin van artikel 8:69 Awb overschreden door uit eigen beweging te toetsen aan de hardheidsclausule. In zoverre werd de uitspraak dan ook vernietigd, voor het overige werd zij bevestigd.

In andere uitspraken weet de CRvB door een meer extensieve interpretatie van de gronden te ontkomen aan een te vergaande beperking van de omvang van geding. Deze lijn ziet men blijkens CRvB 18 december 1998 vooral in arbeidsongeschiktheidszaken.⁴⁴ In deze zaak had de rechtbank de intrekking van een uitkering ingevolge de AAW/WAO vernietigd wegens gebreken in de uurloon-vergelijking (dit betreft de arbeidskundige component van de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling), terwijl appellant alleen gronden had aangevoerd ter zake van de medische kant van de beoordeling. De Raad overwoog:

'Gelet op de samenhang tussen de medische en arbeidskundige kant van een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling als de onderhavige, is de Raad van oordeel dat niet staande gehouden kan worden dat de rechtbank buiten de grenzen van het voorgelegde geschil is getreden, en aldus artikel 8:69, eerste lid, Awb heeft geschonden, door het gebruik van de onjuiste, immers met de AAW en de WAO strijdig zijnde, maatstaf ter berekening van het bij gedaagde nog bestaande resterende verdienvermogen, te wraken. De Raad neemt hierbij mede in aanmerking dat uit de door gedaagde in de loop van de gedingvoering in eerste aanleg naar voren gebrachte stellingen blijkt dat gedaagde de vernietiging van het bestreden besluit wenste, zulks terwijl hij niet van de rechtbank uitdrukkelijk heeft verlangd dat zij zich uitsluitend tot de medische kant van de onderhavige arbeidsongeschiktheidsbeoordeling zou beperken.'

Het uitgangspunt van de CRvB in deze zaken lijkt te zijn, dat een beroep wordt geacht te zijn gericht tegen het gehele besluit, tenzij een appellant uitdrukkelijk een beperking van het geding heeft gewenst. Daarbij is wél van belang dat bij deze zaken de medische en arbeidskundige kanten vaak sterk verweven zijn.

4.3.4 Bevindingen

De omvang van het geding in eerste aanleg is – afhankelijk van de gehuldigde visie – in meer of mindere mate bepalend voor de omvang van het geding in appèl. De omvang van het geding in eerste aanleg wordt allereerst beperkt door de vordering. Indien bijvoorbeeld slechts een gedeelte van een besluit (denk bijv. aan een beschikkingsvoorschrift) wordt aangevochten, dan blijft de vraag of het gehele besluit dient te worden vernietigd, in beginsel onbeantwoord. Dit is slechts anders voorzover er bepalingen van 'openbare orde' in het geding zijn (zie hoofdstuk 5).

44. CRvB 18 december 1998, JB 1999/18, m.nt. RJNS.

Daarnaast lijkt er draagvlak te bestaan voor de opvatting dat het geding in de regel is beperkt tot de door een appellant geformuleerde beroepsgronden. Voor wat betreft de beperkende werking van de door appellant aangevoerde gronden, kan worden vastgesteld dat daarvan zonder meer sprake is indien het gaat om formele gebreken die niet van openbare orde zijn. Tenzij ten aanzien van dusdanige gebreken uitdrukkelijk gronden zijn aangevoerd, vallen zij buiten de grenzen van het geding.

Ook voor materiële gebreken kan worden geconcludeerd dat volgens beide appèlrechters de door een appellant aangevoerde gronden beperkend kunnen zijn voor de omvang van het geding. Een klein verschil is daarbij wel dat de Afdeling bestuursrechtspraak zich in het algemeen op deze gronden oriënteert, terwijl de Centrale Raad van Beroep in sommige zaken door een extensieve interpretatie van deze gronden een (te) vergaande beperking van de omvang van geding weet te voorkomen. Hierbij kan worden gewezen op de bestaande (ruime) toetsingspraktijk inzake wao-besluiten. Binnen de visie van de CRvB kunnen aspecten van het besluit waarop de aangevoerde gronden niet expliciet betrekking hebben, maar die verweven zijn met wel aangevochten aspecten, dan toch in de beoordeling worden betrokken.

4.4 DE OMVANG VAN GEDING IN HOGER BEROEP: APPELLANT EN GEÏNTEMEERDE

4.4.1 Algemeen

In paragraaf 4.3 zijn de contouren van de omvang van het geding in eerste aanleg op hoofdlijnen – aan de hand van de opvattingen in de literatuur en de in deze literatuur geanalyseerde rechtspraak – in kaart gebracht. Hierbij bleek dat, afgezien van de ambtshalve toetsing door de bestuursrechter, appellant(en) in belangrijke mate zelf invloed uitoefen(t)(en) op de afbakening van het geding door het formuleren van gronden die het beroep adstrueren. De rechter zal zijn toetsing dan ook primair opbouwen rond deze gronden, waarbij een nadere interpretatie van gronden uiteraard niet is uitgesloten. Het gaat hier overigens om het formuleren van *feitelijke* gronden. Van een appellant wordt immers niet verwacht dat deze zijn gronden een 'juridisch' profiel geeft. Het is primair aan de rechter om gronden te vertalen in rechtsgronden (zie ook hoofdstuk 5).

De afbakening van het geding in eerste aanleg, zoals dat tijdens de behandeling en in de uitspraak zijn beslag heeft gekregen, heeft in de structuur van het 'trechtermodel' (versmalling van de rechtsstrijd naarmate de instanties vorderen) vervolgens invloed op de (mogelijke) afbakening van het geding in hoger beroep. Hierbij dient wel te worden aangetekend dat aan deze veronderstelling enkel betekenis toekomt indien men de structuur van het 'trechtermodel' in meer of mindere mate erkent. Ontkent men iedere relatie tussen de behandeling in eerste aanleg en de behandeling van het geschil in appèl en stelt men bijgevolg een zuivere herkansing voor partijen centraal, dan is het perspectief in hoger beroep identiek aan het perspectief in eerste aanleg.

In deze en de volgende paragraaf komt dan ook de vraag aan de orde of en, zo ja, in hoeverre dit model doorwerkt én verder wordt doorgevoerd in hoger beroep. In dit verband staat de beantwoording van drie deelvragen centraal:

1. In hoeverre wordt de omvang van het geding in appèl (verder) beperkt door de aanlegger van appèl? Hierbij dient men zich te realiseren dat zowel de verweerder in eerste aanleg appellant in appèl kan zijn (dat wil zeggen: het bestuursorgaan) als ook de oorspronkelijke appellant in eerste aanleg.
2. Kan de omvang van het geding – los van het 'principaal' beroep – worden uitgebreid door geïntimeerde (gedaagde) en, zo ja, in hoeverre? In verband met de beantwoording van deze deelvraag ligt het voor de hand dat ook de opvattingen in de bestuursrechtelijke literatuur betreffende de rechtsfiguur 'incidenteel appèl' worden besproken. Hierbij zal beoordeeld worden of er momenteel sprake is van een materiële erkenning van deze figuur door de appèlrechters, hoe deze figuur zich verhoudt tot de 'devolutieve werking' van het appèl en of er behoefte bestaat aan een wettelijke regeling.
3. In hoeverre staat het appellerende partijen vrij om in hoger beroep – los van de procedure in eerste aanleg – nieuwe argumenten, gronden of vorderingen in de procedure te brengen? Dit vraagstuk wordt voor de overzichtelijkheid apart behandeld in paragraaf 4.5.

4.4.2 Literatuur

Wat betreft de in de vorige paragraaf onder 1 en 2 opgeworpen vragen, worden in de literatuur uiteenlopende standpunten ingenomen. Het meest ruime standpunt wordt ingenomen door Tak en De Bock. Een meer gematigd standpunt wordt verdedigd door Schlössels en Brenninkmeijer. Schreuder-Vlasblom en Hoogenboom nemen waarschijnlijk het minst ruime standpunt in.

4.4.2.1 Standpunten van Tak en De Bock

Tak pleit voor een zeer ruim standpunt.⁴⁵ Hij stelt de herstelfunctie van het hoger beroep centraal. Voor partijen dient er sprake te zijn van een echte volwaardige 'replay'. In appèl wordt het geding, na afwenteling van de zaak van de rechter in eerste aanleg op de hogere instantie, geheel opnieuw afgebakend (zie voorts par. 4.5.2). Volgens De Bock ligt de zaak in appèl in wezen niet anders dan in eerste aanleg.⁴⁶ Ook in appèl wordt een oordeel gegeven over de rechtmatigheid van het (in primo bestreden) besluit. De aanlegger kan daarom volstaan met de grief, dat hij het niet eens is met de vernietiging of instandhouding van dit besluit door de eerste rechter. Alsdan moet de appèlrechter in verband met de positieve kant van de devolutieve werking doen wat de eerste rechter had moeten doen: het gehele besluit toetsen op rechtmatigheid. In dat kader kunnen stellingen van geïntimeerde die in eerste instantie niet zijn behandeld of verworpen, worden meege-nomen. In zoverre is geen incidenteel appèl nodig. De aanlegger/appellant kan

45. Tak 1998, p. 210.

46. De Bock 1999, p. 1155-1156.

het geding in hoger beroep overigens beperken tot een onderdeel van het besluit. Alsdan is de rechter hieraan geboden.

4.4.2.2 *Standpunten van Schlössels en Brenninkmeijer*

Schlössels en Brenninkmeijer nemen een gematigd standpunt in.⁴⁷ Het gehele besluit(onderdeel) dat in eerste aanleg ter discussie heeft gestaan, staat ook ter discussie in appèl, zodra er beroep (tegen) wordt ingesteld. De gronden die in eerste aanleg ter beoordeling van de rechter stonden, dienen – voorzover (impliciet) verworpen – in hoger beroep opnieuw of alsnog te worden beoordeeld indien partijen daar belang bij hebben. De appèlrechter moet ook gronden beoordelen die in eerste aanleg door de gedaagde in appèl (geïntimeerde) werden aangevoerd maar niet tot vernietiging leidden (bijvoorbeeld omdat de rechter nog niet aan beoordeling van de grond is toegekomen). Schlössels' opvatting hangt samen met zijn visie op de devolutieve werking van het appèl: het besluit(onderdeel) en de in eerste aanleg aangevoerde gronden worden afgewenteld op het appèl. Binnen de kaders van de gronden die in eerste aanleg aan de orde waren, kan de rechtsstrijd worden voortgezet. Eventueel kunnen de gronden worden geherformuleerd,⁴⁸ terwijl het aanvoeren van nieuwe argumenten *enkel* door de goede procesorde (als verdedigingsbeginsel) wordt beperkt (zie par. 4.6). Deze visie is beperkter dan die van Tak en De Bock waarbij de gehele zaak wordt afgewenteld (en waarbij partijen in beginsel alle gronden opnieuw kunnen formuleren, alsmede gronden aan de orde kunnen zijn die in eerste aanleg in het geheel niet ter sprake werden gebracht). Zij lijkt echter – met name op het punt van de 'goede procesorde' en het aanvoeren van nieuwe of andere argumenten – ruimer dan de opvatting van Schreuder-Vlasblom, die de devolutieve werking van het appèl primair bindt aan in eerste aanleg gemaakte 'fouten'.⁴⁹ De souplesse die Schlössels ten aanzien van de toepassing van artikel 8:69 Awb in hoger beroep bepleit, wordt overigens, evenals bij Schreuder-Vlasblom (zie hierna) mede ingegeven door het feit dat een partij – de geïntimeerde – zich soms de beperkte strekking van een uitspraak in eerste aanleg onvoldoende realiseert en (preventief) appèl vervolgens achterwege blijft. Gaat men uit van deze ruime(re) opvatting van devolutieve werking, alsmede van Schlössels' opvatting dat in appèl door de aanlegger geen volledig nieuwe gronden kunnen worden aangevoerd, dan is er in beginsel geen behoefte aan (voorwaardelijk) incidenteel appèl omdat de positie van de geïntimeerde via de devolutieve werking kan worden afgedekt.

4.4.2.3 *Standpunten van Schreuder-Vlasblom en Hoogenboom*

Schreuder-Vlasblom – en in mindere mate Hoogenboom – huldigen in principe het minst ruime standpunt.⁵⁰ De omvang van het geding in appèl valt in beginsel

47. Schlössels 2000, p. 21-25, respectievelijk Brenninkmeijer 1995, p. 19.

48. Denk onder meer aan situaties waarin blijkt dat de rechter in eerste aanleg op een niet-adequate wijze 'ongelijkheidscompensatie' heeft geboden door gronden op een te beperkte wijze te vertalen in rechtsgonden.

49. Schreuder-Vlasblom 1998a, p. 122.

50. Schreuder-Vlasblom 1998a, p. 121-122; idem 2001a, p. 262 e.v., respectievelijk Hoogenboom 1998, p. 134-135.

samen met die in eerste aanleg (voorzover de rechtbank niet buiten de buitengrens trad en binnen het objectum litis bleef), maar kan (of wellicht beter: moet) door de aanlegger verder worden beperkt in zijn gronden. Deze dienen immers te zijn gericht tegen een door de rechtbank beslist punt of een (ten onrechte) niet beslist punt. Op grond van artikel 6:5 Awb moet de aanlegger concrete bezwaren aanvoeren tegen de uitspraak in eerste aanleg, opdat een op probleempunten gericht debat kan worden gevoerd. Voert hij dezelfde gronden aan als in eerste aanleg, dan kan hem dit komen te staan op een simpele verwijzing naar de uitspraak van de rechter in eerste aanleg.⁵¹ Daarnaast kan het geding uiteraard betrekking hebben op de niet-naleving van procedureregels door de rechter in eerste aanleg of de toepassing van afdoeningsmodaliteiten (zelf voorzien, schadevergoeding, proceskosten).

Binnen het door de aanlegger afgebakende geschil kan de gedaagde in appèl zijn oude en, indien er een rechtvaardigingsgrond is, nieuwe argumenten aanvoeren, alsmede zijn 'visie' geven inzake de beroepsgronden.⁵² Daarbuiten kan dit in beginsel niet, waarbij wél als 'correctie' geldt dat door de aanlegger niet bestreden delen van de eerste uitspraak toch in een appèlbeoordeling kunnen worden betrokken indien zij door de gedaagde in verband met de bezwaren van de aanlegger aan de orde zijn gesteld en ze met die bezwaren onlosmakelijk verband houden. Hier bepleiten Schreuder-Vlasblom en Hoogenboom – bij gebrek aan de figuur van 'incidenteel appèl' in het bestuursprocesrecht (zie hierna) – een ruime benadering van de devolutieve werking van het appèl ter versterking van de positie van de geïntimeerde (gedaagde). Hoogenboom stelt in dit verband:⁵³

'Een soepele benadering door de appèlrechter ten aanzien van niet uitdrukkelijk door de niet appellerende partij prijsgegeven bezwaren, die betrekking hebben op geschilpunten die nog wel in geding zijn,⁵⁴ is te bepleiten. Een mitigerende werking van het ontbreken van de mogelijkheid van het incidenteel appèl kan voorts bereikt worden als het een bestreden besluit betreft, waarvan de onderdelen een zekere verwevenheid vertonen.'

Deze benadering mag overigens alleen worden gevolgd indien de uitspraak in eerste aanleg op basis van de gronden van de aanlegger in appèl sneuvelt. Is er geen (onlosmakelijk) verband of is het hoger beroep ongegrond, dan mag de appèlrechter onderdelen van de uitspraak die door de aanlegger niet zijn bestreden, niet op basis van het verweer van gedaagde in appèl in de beoordeling betrekken.

51. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 262.

52. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 264. Hierbij verdient tevens aantekening dat gronden waaraan de rechter in eerste aanleg niet is toegekomen, op grond van de devolutieve werking in appèl vanzelf (weer) aan de orde zijn (voorzover appellant daar belang bij heeft). Schreuder-Vlasblom 1999a, p. 278.

53. Hoogenboom 1998, p. 135.

54. Dat wil zeggen gronden die in eerste aanleg ter beoordeling stonden en die door de geïntimeerde niet zijn prijsgegeven.

4.4.3 Jurisprudentie

4.4.3.1 Algemeen

Vrij algemeen wordt aangenomen dat de toetsing in appèl in beginsel wordt beperkt door de gronden die door appellant(en) zijn geproduceerd in het hoger beroepschrift. De appèlrechter zal zich dan ook primair op de beoordeling van deze gronden toelagen. Het kan hier gaan om een herhaling van (verworpen) beroepsgronden in eerste aanleg of om nieuwe gronden. In het laatste geval kan het gaan om nieuwe gronden ter onderbouwing van de oorspronkelijke verdediging, dan wel om gronden die zich specifiek richten tegen de rechtsoverwegingen en/of (gedeelten van) de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Richten de gronden zich (primair) tot de uitspraak in eerste aanleg, dan gaat het natuurlijk om gronden die eerst in appèl aan de orde kunnen worden gesteld.

Op deze plaats wordt geen uitvoerig overzicht gegeven van uitspraken waarin de appèlrechter zich beperkt tot de gronden in hoger beroep. Het betreft hier talrijke uitspraken die voor zich spreken. In dit verband wordt primair verwezen naar enkele uitspraken uit de populatie van het dossieronderzoek die in paragraaf 4.4.5 worden weergegeven. Daarnaast kan ter illustratie worden gewezen op een representatieve uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 8 juni 1999 inzake een bouwvergunning.⁵⁵ In casu kwam onder meer de vraag aan de orde of een niet beroepen oordeel van de rechter in eerste aanleg inzake welstandsaspecten (in het bijzonder schending van artikel 7:12, eerste lid Awb) in appèl aan de orde kon komen. De Afdeling oordeelde dat dit niet het geval was. Aangezien het hoger beroep van appellanten geen betrekking had op het oordeel van de president met betrekking tot de welstandsaspecten en dit onderdeel van de uitspraak derhalve niet in appèl werd bestreden, diende de aangevallen uitspraak, zij het met verbetering van de gronden, volgens de Afdeling te worden bevestigd.

Het is in dit verband wel zinvol om kort stil te staan bij de vraag hoe specifiek gronden in een (hoger-)beroepschrift dienen te worden geformuleerd. Zoals bleek bij de bespreking van de literatuur, worden in de literatuur op dit punt bepaalde eisen gesteld. Artikel 6:5, eerste lid, aanhef sub d Awb eist overigens niet meer en niet minder dan dat het beroepschrift 'de gronden' van het beroep dient te bevatten. Het zal duidelijk zijn dat het hier om 'feitelijke' gronden gaat; van een appellant mag niet worden geëist dat hij zijn gronden juridisch inkleurt. Hier zitten de meningen in de literatuur op een lijn. Waar het in essentie om gaat, is dat een appellant op een *gemotiveerde* wijze aangeeft waarom hij het niet eens is met een besluit of een uitspraak. Het gaat met andere woorden om het formuleren van de *reden of redenen* op grond waarvan men het niet eens is met het aangevallen besluit of de gewraakte uitspraak. Een 'blote' verwijzing naar dossierstukken, vaste jurisprudentie, de beginselen van behoorlijk bestuur of de wet in algemene zin is niet afdoende.⁵⁶ Voor het overige zijn de jurisprudentiële eisen

55. ABRS 8 juni 1999, JB 1999/216.

56. Vgl. ABRS 28 oktober 1997, HOI.96.1209/YOI: 'De Afdeling overweegt dienaangaande dat in een hoger-beroepschrift moet worden aangegeven, om welke reden de appellant zich niet met de uitspraak van de rechtbank kan verenigen en dat enkele vermelding van een aantal beginselen van behoorlijk bestuur daartoe onvoldoende is.'

niet al te strikt. Hierbij dient ook nog te worden gewezen op de memorie van toelichting waaruit kan worden afgeleid dat er een verband bestaat tussen de motivering van een besluit en de motivering van een (beroeps)grond.⁵⁷ Naarmate het aangevallen besluit uitvoeriger is gemotiveerd, mogen er hogere eisen aan de onderbouwing van de gronden worden gesteld.

Voor het formuleren van gronden in hoger beroep is nog van belang dat in beginsel volstaan kan worden met een verwijzing naar eerder in de procedure ingebrachte (proces)stukken. Illustratief is in dit kader een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 13 november 2000,⁵⁸ waarin een vrijstelling ingevolge de Natuurbeschermingswet aan de orde was ten behoeve van het vissen van kokkels in de Waddenzee. In casu betoogde verweerder (de staatssecretaris van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij) dat het hoger-beroepsschrift niet voldeed aan artikel 6:5, eerste lid, aanhef sub d Awb, omdat enkel werd verwezen naar een ingediend bezwaarschrift en naar pleitnotities in het kader van een artikel 8:81 Awb-procedure. De Afdeling deelde dit standpunt niet:

'De Afdeling overweegt dat voor het betoog van verweerder dat het beroep onvoldoende is gemotiveerd omdat slechts wordt verwezen naar eerder ingediende stukken, geen steun kan worden gevonden in de Algemene wet bestuursrecht. Nu het bezwaarschrift en de pleitnotities voldoende duidelijkheid verschaffen over de gronden van het beroep, is het beroep, gelet op artikel 6:5, eerste lid, aanhef en onder d, van de Algemene wet bestuursrecht ontvankelijk.'

4.4.3.2 *Positie geïntimeerde en vragen inzake (voorwaardelijk) incidenteel appèl*
Indien een appellerende burger (deels) ongelijk krijgt bij de rechtbank en géén hoger beroep instelt, terwijl het bestuursorgaan daarentegen wél hoger beroep instelt tegen (een deel van) de rechtbankuitspraak, lijkt het – mede gelet op de rechtszekerheid – in beginsel redelijk dat het niet-bestreden onderdeel van de uitspraak van de rechtbank in rechte vaststaat. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een subsidie die op twee gronden (A en B) is geweigerd. Indien in eerste aanleg de weigering (op beide gronden) stand houdt, maar het bestuursorgaan desalniettemin procesbelang heeft bij appèl tegen overwegingen die verband houden met grond B, staat grond A in appèl niet ter discussie, tenzij eiser in eerste aanleg (eveneens) appelleert.

Anders kan dit liggen indien een appellerende burger door de rechtbank in het gelijk wordt gesteld, maar het bestuursorgaan of een andere belanghebbende vervolgens hoger beroep instelt. Zo kan een appellant in eerste aanleg (geïntimeerde in appèl) in een ongunstige positie komen te verkeren indien het hoger beroep gegrond wordt verklaard en de uitspraak in eerste aanleg wordt vernietigd. Met name is dat het geval indien er nog andere gronden zijn die – mits ze (ook) in appèl worden behandeld – alsnog kunnen leiden tot het in stand laten van de rechtbankuitspraak. In situaties waarin een grond in eerste aanleg helemaal niet is behandeld (bijvoorbeeld omdat de rechter er niet aan toe kwam), ligt het voor

57. PG Awb I, MvT, p. 286.

58. ABRS 13 november 2000, JB 2000/351, m.nt. RJNS.

de hand dat deze op grond van de devolutieve werking van het appèl in hoger beroep alsnog wordt behandeld. Een voorbeeld kan dit illustreren. Stel: een beroep tegen een bouwvergunning in eerste aanleg steunt op twee gronden: strijd met het bestemmingsplan en strijd met het Bouwbesluit. De rechtbank vernietigt de vergunning op de eerste grond en doet geen uitspraak over de tweede grond, waarna het bestuursorgaan appelleert. In appèl wordt het bestuursorgaan in het gelijkgesteld. *Alsdan* heeft geïntimeerde er alle (proces)belang bij dat de appèl-rechter alsnog ingaat op zijn tweede grond in de hoop dat deze tot vernietiging kan leiden. In dit soort situaties wordt in civilibus inderdaad uitgegaan van de devolutieve werking van het appèl. De niet-behandelde grond is in hoger beroep 'automatisch' aan de orde. Afzonderlijk (incidenteel) appèl door de gedaagde is daarvoor niet vereist. Hugenholtz/Heemskerk schrijven hierover:⁵⁹

'Als de rechtbank omtrent een bepaald punt, hetzij een verweermiddel, hetzij een stelling tot ondersteuning van de eis, niets heeft beslist, is geen incidenteel beroep nodig om dit punt weer aan de orde stellen. Geïntimeerde kan het door hem in eerste aanleg gestelde herhalen of eenvoudig ernaar verwijzen, al is zelfs dit niet vereist.'

Het ligt voor de hand om ook in het bestuursprocesrecht deze benadering toe te passen.⁶⁰ Daarnaast kan de positie van de gedaagde worden 'versterkt' door – na gegrondverklaring van een appèl – bij het overdoen van de zaak in ieder geval die bezwaren van gedaagde mee te nemen die gerelateerd zijn aan de (wel) door appellant aangevoerde bezwaren.⁶¹

De vraag is of deze lijn tevens kan worden gevolgd indien er sprake is van een (door gedaagde in appèl) onberoepen beslissing of overweging van de rechter in eerste aanleg. Het kan dan gaan om een beroepsgrond die in eerste aanleg uitdrukkelijk door de rechter is verworpen, maar die door eiser in eerste aanleg onberoepen is gebleven omdat de uitspraak in eerste aanleg in zijn voordeel was (bijvoorbeeld een vernietiging).

Vast staat dat het actuele (algemene) bestuursprocesrecht van de Algemene wet bestuursrecht niet een *wettelijke* rechtsfiguur kent die vergelijkbaar is met het incidenteel appèl in het burgerlijk procesrecht.⁶² Dit is door de bestuursrechter bevestigd.⁶³ Met de figuur van 'incidenteel appèl' kan in civilibus worden bewerkstelligd dat ook nog na het verstrijken van de beroepstermijn door een gedaagde wordt geappelleerd tegen beslissingen van de rechter in eerste aanleg. Het civiele

59. Hugenholtz/Heemskerk 1998, p. 216.

60. Hetgeen ook wel gebeurt, vgl. ABRS 12 oktober 1998, Hoi.97.1556.

61. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 265.

62. Wel bevat art. 8:26, eerste lid Awb de bepaling dat de rechtbank tot de sluiting van het onderzoek ter zitting belanghebbenden op verzoek van een partij of op eigen verzoek in de gelegenheid kan stellen als partij aan het geding deel te nemen. De wetstoelichting maakt niet duidelijk wat nu precies de procestechnische positie van de nieuwe partij is. Zie voor de 'ins' en 'outs' van het civiele incidenteel appèl o.m. Hugenholtz/Heemskerk 1998, p. 215 e.v.

63. Vgl. bijv. CRvB 24 september 1997, JB 1997/239, m.nt. HJS en CRvB 1 oktober 1997, AB 1998/25.

'incidenteel appèl' wordt meestal *voorwaardelijk* ingesteld. Het wordt met andere woorden pas behandeld indien het principaal appèl gegrond is. Hierdoor vervult het een 'tegenaanval'-functie en wordt het op lichtvaardige wijze instellen van appèl beperkt.

In het kader van dit onderzoek is het de vraag of een dusdanige figuur noodzakelijk is om in het bestuursprocesrecht een bevredigend resultaat in appèl te bereiken. Deze vraag klemmt temeer indien de appèlrechter geacht wordt niet ambtshalve buiten de appèlgronden te treden.⁶⁴ Hierbij dient mede de vraag te worden beantwoord hoe de figuur van incidenteel appèl zich in een bestuursrechtelijke context dient te verhouden tot het begrip 'devolutieve werking'. Indien men immers uitgaat van een *ruime* devolutieve werking van het bestuursrechtelijk hoger beroep, in die zin dat het gehele geschil in eerste aanleg – en de daar geproduceerde (en al dan niet behandelde) gronden – door het instellen van appèl op de appèlrechter wordt afgewenteld, dan zal er immers niet zoveel behoefte bestaan aan een wettelijke regeling van incidenteel appèl. Gaat men echter uit van een meer strikte beperking van het geding in appèl tot de door appellant(en) geformuleerde gronden, dan ligt een en ander meer genuanceerd (contradictoir geding).

*Dat een – niet appellerende – gedaagde een evident belang kan hebben bij de beoordeling van een beslissing buiten de appèlgronden om, kan worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld dat Schreuder-Vlasblom geeft.*⁶⁵ Stel dat de rechter in eerste aanleg B (bestuursorgaan) veroordeelt tot het betalen van schadevergoeding aan A en vervolgens A appelleert omdat hij het niet eens is met de hoogte van de schadevergoeding. Kan B dan alsnog in appèl de toekenning van de schadevergoeding ten principale aan de orde stellen? Dit voorbeeld illustreert overigens tevens dat niet enkel een burger op dit punt een belang kan hebben. Een ander voorbeeld betreft een vergunning die door het bestuursorgaan enkel mag worden geweigerd indien aan twee voorwaarden (X en Y) is voldaan. Stel dat in eerste aanleg beide voorwaarden worden bestreden en de rechter uitdrukkelijk beslist dat aan X is voldaan maar aan Y niet. Kan een gedaagde, indien deze uitspraak in appèl sneuvelt op een beroep van het bestuursorgaan, alsnog 'aanspraak' maken op een beoordeling van voorwaarde X?

Duidelijk is in ieder geval dat de CRvB in veel gevallen een resultaat bereikt dat *lijkt* op incidenteel appèl,⁶⁶ door uit te gaan van *de samenhang* van verschillende besluitonderdelen. Daarnaast laat de Raad ruimte in situaties waarin gedaagde in appèl een vordering doet die 'past' binnen de bandbreedte van het hoger beroep van de appellant. Dit deed zich bijvoorbeeld voor in een uitspraak van 19 mei 1998.⁶⁷

64. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 265.

65. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 264.

66. In de oude rechtspraak speelde hier geen probleem omdat de rechter een ruime rechtmatigheidscontrole kon uitvoeren. Vgl. bijv. CRvB 25 maart 1982 (AB 1982/341): '(het) staat een gedaagde vrij een aangevallen uitspraak te bestrijden zonder daarin beperkt te zijn tot de onderwerpen welke de eisende partij in hoger beroep aan de orde heeft gesteld'.

67. CRvB 19 mei 1998, RAwb 1998, 145, m.nt. BdeW.

In casu had de gedaagde de rechtbank met succes verzocht appellant te veroordelen tot schadevergoeding in verband met het betalen van achterstallige arbeidsongeschiktheidsuitkeringen. Appellant kwam van deze uitspraak in appèl, waarbij het beroep werd beperkt tot het aspect van de schadevergoeding. De gemachtigde van gedaagde vorderde vervolgens in hoger beroep – kort gezegd – vermeerdering van de schadevergoeding, deels in verband met executiekosten. De Raad stelde met betrekking tot de vordering van gedaagde allereerst vast dat gedaagde geen zelfstandig beroep had ingesteld. Aangezien het appèl van appellant zich richtte tegen dezelfde onderdelen van de aangevallen uitspraak in eerste aanleg als die waarop de vordering van gedaagde betrekking had, maakte deze vordering volgens de Raad mede deel uit van het geding in hoger beroep. De Raad behandelt dus de aanvullende vordering van de gedaagde, ook al heeft deze niet geappelleerd.

In arbeidsongeschiktheidszaken wordt vervolgens in de regel een samenhang aanwezig geacht tussen het medische en het arbeidskundige onderdeel van het besluit. In een uitspraak van 18 december 1998 overwoog de Raad:⁶⁸

'Namens gedaagde (de verzekerde, red.) is eerst ter zitting van 1 juli 1998 bij wijze van verweer de medische grondslag van het onderhavige besluit aangevochten. De Raad overweegt daaromtrent in de eerste plaats dat het bepaalde in artikel 8:69 van de Awb er niet aan in de weg staat dat in het onderhavige geval de medische bezwaren van gedaagde in hoger beroep ter beoordeling staan. De Raad stelt zich daarbij op het standpunt dat als uitgangspunt met betrekking tot de omvang van het geding in hoger beroep, gezien de eerder vermelde samenhang van de medische en arbeidskundige component bij een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling als de onderhavige, moet worden genomen hetgeen in eerste aanleg ter beslissing stond van de rechter ten aanzien van die beoordeling.'

Illustratief is voorts de navolgende casus.⁶⁹ Het Lisv stelt hoger beroep in tegen de uitspraak van de rechtbank, inhoudende dat het Lisv bij gebruikmaking van zijn bevoegdheid niet in redelijkheid heeft kunnen komen tot het besluit, voorzover daarbij door het Lisv van gedaagde het over 1994 betaalde naar een brutobedrag plus overhevelingstoeslag wordt teruggevorderd. De rechtbank oordeelde dat het besluit wel de rechterlijke toets zou hebben doorstaan indien het Lisv de terugvordering zou hebben beperkt tot het nettobedrag. Het Lisv bestrijdt in hoger beroep dat in casu dient te worden volstaan met een terugvordering van een nettobedrag. De gemachtigde van geïntimeerde stelt in hoger beroep de bevoegdheidskwestie aan de orde. De Raad overwoog:

'Ten slotte heeft de gemachtigde van gedaagde ter zitting van de Raad aangevoerd dat de rechtbank gedaagde ten onrechte tot terugvordering bevoegd heeft geacht. De Raad is van oordeel dat nu appellant in hoger beroep de juistheid van (de hoogte van) de terugvordering aan de orde heeft gesteld, hij ook gedaagdes grief met

68. CRvB 18 december 1998, JB 1999/18, m.nt. RJNS.

69. CRvB 6 oktober 1998, JB 1998/264, m.nt. RJNS; RAWb 1999, nr. 82, m.a. P.A. Willemsen.

betrekking tot de bevoegdheid van de onderhavige terugvordering in zijn beoordeling kan betrekken, ook al heeft gedaagde niet zelfstandig hoger beroep ingesteld.'

Annotator Schlössels merkt hieromtrent op:

'Reeds in eerste aanleg was de rechtbank immers tot de conclusie gekomen dat het Landelijk instituut sociale verzekeringen – in beginsel – bevoegd was tot terugvordering aangezien het de belanghebbende redelijkerwijs duidelijk kon zijn dat hij onverschuldigd uitkeringen ontving. Tegen deze (deel)beslissing van de rechtbank werd geen hoger beroep ingesteld. Naar mag worden aangenomen "berustte" appellant in eerste aanleg in deze beslissing omdat het aangevallen besluit desalniettemin door de rechtbank werd vernietigd op grond van het verbod van willekeur. Door het hoger beroep van het bestuursorgaan tegen dit laatstbedoelde oordeel van de rechtbank veranderde de juridische situatie evenwel in zoverre dat de niet appellerende partij er in appèl belang bij had dat de Centrale Raad van Beroep zich (alsnog) zou uitspreken over de bevoegdheidskwestie indien zou komen vast te staan dat terecht een bruto-bedrag was teruggevorderd. De bevoegdheidskwestie werd in hoger beroep eerst ter zitting aan de orde gesteld. Voor de Raad vormt dit blijkbaar geen beletsel om zich inhoudelijk toch over deze rechtsvraag – die reeds in eerste aanleg aan de orde was – uit te spreken buiten het (hoger-) beroepschrift om. De vraag is hoe deze ontwikkeling moet worden beoordeeld, nu de wetgever in het bestuursprocesrecht formeel niet heeft voorzien in de optie van (voorwaardelijk) "incidenteel appèl".⁷⁰

Weer een ander voorbeeld biedt een uitspraak van 29 juni 1999.⁷¹ In deze zaak komt het Lisv in hoger beroep tegen de aangevallen uitspraak uitsluitend voorzover daarbij is geoordeeld dat de wijze waarop het Lisv van zijn sanctiebevoegdheid gebruik heeft gemaakt, de toets van de rechtbank niet kan doorstaan. Geïntimeerde heeft in verweer de verwijtbaarheid van zijn werkloosheid (en bijgevolg dus de bevoegdheid van het Lisv om een sanctie op te leggen) betwist. Dit laatste wordt tevens bij het geding in hoger beroep betrokken.

In een uitspraak van 21 februari 2001 wordt samenhang overigens ontkend.⁷² Het criterium kent, volgens de Raad, dus beperkingen in zijn toepassing. In casu stelde gedaagde in appèl een terugvordering van een ten onrechte betaalde uitkering ingevolge de Toeslagenwet ter discussie. Het hoger beroep was echter door appellant beperkt tot het oordeel van de rechtbank over de wijze van invordering:

'In aanmerking genomen dat gedaagde geen hoger beroep heeft ingesteld tegen het – op zich zelf staande – oordeel van de rechtbank over de terugvordering en appellant zijn hoger beroep uitdrukkelijk heeft beperkt tot het oordeel van de rechtbank

70. Er is strikt genomen geen sprake van incidenteel appèl in civielrechtelijke zin. Zoals ook Schlössels zelf verder in zijn noot opmerkt, brengt de volledig devolutieve werking van het appèl in het civiele procesrecht met zich dat stellingen van partijen waaraan de rechter in eerste aanleg niet is toegekomen, of die zijn verworpen, in hoger beroep in beginsel reeds aan de orde zijn zonder dat 'incidenteel' is geappelleerd.

71. CRvB 29 juni 1999, JB 1999/206.

72. CRvB 21 februari 2001, AB 2001/177, m.nt. HB.

over de wijze van invordering, kan de Raad ten aanzien van de door gedaagde in hoger beroep naar voren gebrachte bezwaren tegen de terugvordering tot geen andere conclusie komen dan dat die bezwaren buiten bespreking moeten blijven omdat zij het in het hoger beroep aan de orde zijnde onderwerp van geschil te buiten gaan. Dit is slechts anders in de gevallen – anders dan in het thans aan de orde zijnde geval – waarin sprake is van een onderlinge verwevenheid tussen de verschillende onderdelen van een aangevochten besluit en waarin om die reden die verweven onderdelen van dat besluit in hoger beroep binnen de omvang van het geschil vallen.⁷

In de jurisprudentie van de CRvB als ambtenarenrechter valt ook soepelheid te bespeuren wat betreft de positie van gedaagde. In zijn uitspraak van 21 oktober 1999 overwoog de Raad bijvoorbeeld:⁷³

'Gezien de sterke verwevenheid van de opgelegde sanctie en (de omvang van) het daaraan ten grondslag gelegde plichtsverzuim kan de omstandigheid dat alleen appellant (B en W van Rotterdam, red.) in hoger beroep is gekomen, niet meebrengen dat de Raad in dit geding niet meer kan toetsen of appellant terecht (en in de juiste omvang) plichtsverzuim aanwezig heeft geacht. Daarbij neemt de Raad mede in aanmerking, bij het ontbreken van de mogelijkheid van zogenaamd incidenteel appèl, dat van gedaagde – nu hij er gelet op de gegronde verklaring van zijn inleidende beroep geen (zwaarwichtig) belang bij had om hoger beroep in te stellen – in redelijkheid niet kon worden gevergd dat hij met het oog op het veiligstellen van zijn processuele positie in een mogelijk door appellant in te stellen hoger beroep zelf hoger beroep instelde en gedaagde van appellants hoger beroep eerst na het verstrijken van de beroepstermijn in kennis is gesteld. De Raad zal derhalve mede gelet op hetgeen gedaagde thans in verweer aanvoert eerst toetsen of appellant terecht plichtsverzuim aanwezig heeft geacht.'

Vermeldenswaardig is in dit kader ook een uitspraak van de ambtenarenkamer van de Centrale Raad van Beroep van 15 oktober 1998⁷⁴ waarin de rechtsfiguur van het *voorwaardelijk* incidenteel appèl toegepast lijkt te worden. In casu speelden drie appelleerbare handelingen: een overplaatsingsbesluit, een ontslagbesluit en het stopzetten van de salarisuitbetaling. De rechtbank verklaarde het beroep tegen de overplaatsing gegrond en voor het overige werd het beroep ongegrond verklaard. Beide partijen stelden vervolgens hoger beroep⁷⁵ in. Het college van burgemeester en wethouders (gedaagde tevens appellant genoemd) stelde hoger beroep in tegen de uitspraak van de rechtbank inzake het overplaatsingsbesluit; de ambtenaar (appellant tevens gedaagde genoemd) tegen het ontslag, het stopzetten van de salarisbetaling en de afwijzing door de rechtbank van het verzoek om schadevergoeding. De CRvB acht in appèl het beroep van de ambtenaar tegen het ontslagbesluit en het stopzetten van de salarisbetaling ongegrond en overweegt vervolgens:

73. CRvB 21 oktober 1999, AB 2000/57, m.nt. HH, JB 1999/305.

74. CRvB 15 oktober 1998, AB 1999/89, m.nt. HH.

75. In dit verband een 'vertroebelende' factor.

'Nu het bestreden besluit wat betreft het ontslag en het niet uitbetalen van de bezoldiging stand houdt, heeft het college geen belang meer bij het door hem ingestelde hoger beroep, zoals ter zitting namens het college ook is bevestigd, en dient het hoger beroep derhalve niet-ontvankelijk te worden verklaard.'

Annotator Hennekens heeft kritiek op deze uitspraak. Hij schrijft:

'Het komt mij voor dat de Centrale Raad van Beroep ten onrechte de onderhavige niet-ontvankelijkverklaring uitspreekt. Indien het besluit tot overplaatsing onrechtmatig was, zou die beslissing indien deze niet meer teniet zou kunnen worden gedaan, kunnen leiden tot een aanspraak tot betaling van schadevergoeding. De gedragingen van de ambtenaar na het overplaatsingsbesluit mogen dan aanleiding hebben gegeven tot nieuwe besluiten die rehtens houdbaar bleken, dit neemt niet weg dat het onrechtmatig geoordeelde besluit tot overplaatsing door B&W in hoger beroep bestreden kon worden, al was het alleen maar vanwege het feit dat de gemeente aangesproken kon worden tot schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad.'

Verder kan nog worden gewezen op een uitspraak van 27 mei 1998,⁷⁶ waaruit kan worden afgeleid dat de 'eenheid van een besluit' met zich brengt dat niet alleen de procestechnische appèlpositie van een burger-gedaagde door de Raad wordt bewaakt, maar ook die van het bestuur. In casu was er sprake van een geweigerde arbeidsongeschiktheidsuitkering op een primaire en subsidiaire grond. In eerste aanleg bleek de primaire grond geen stand te houden, maar het besluit werd 'gesauveerd' op de subsidiaire grond. Vervolgens appelleerde enkel de aanvrager, terwijl het bestuursorgaan blijkbaar in de uitspraak berustte. In appèl bleken de kaarten anders te liggen. Gedaagde bleek daar namelijk alsnog belang te hebben bij de beoordeling van de primaire weigeringsgrond (omdat de subsidiaire geen stand kon houden). De Raad maakte hier – anders dan appellant – geen probleem van. Ook deze primaire grond kon volgens de Raad in het geding worden betrokken omdat gedaagde niet kon worden tegengeworpen geen hoger beroep te hebben ingesteld. De oorspronkelijke weigering was in eerste aanleg immers in stand gebleven.

Ten slotte dient nog te worden gewezen op een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 4 januari 2001.⁷⁷ In casu was er sprake van een besluit inzake een 30%-korting op wachtgeld. Het bezwaar tegen dit besluit werd wegens termijnoverschrijding niet-ontvankelijk verklaard. In eerste aanleg kwam de rechtbank, door een datum van fictieve verzending aan te nemen, alsnog tot de conclusie dat er sprake was van een tijdig ingediend bezwaar, waarop het beroep tegen het bestreden besluit gegrond werd verklaard, dit besluit werd vernietigd en bepalingen inzake de vergoeding van proceskosten en griffierecht werden gegeven. Enkel het bestuursorgaan stelde vervolgens appèl in en bestreed het standpunt van de rechtbank dat er sprake zou zijn van een tijdig ingediend bezwaar. Hierbij

76. CRvB 27 mei 1998, RAwb 1998, 146, m.nt. BdeW.

77. CRvB 4 januari 2001, JB 2001/54 m.nt. RJNS.

werd betoogd dat geïntimeerde het bestreden besluit reeds eerder onder ogen had gekregen en dat de rechtbank in dit verband als datum 10 juni 1997 zou hebben vastgesteld. Door tegen die vaststelling geen hoger beroep in te stellen en in zijn verweerschrift nog eens expliciet de juistheid daarvan te onderstrepen, had geïntimeerde in de overweging van de rechtbank berust. De Raad verwerpt dit betoog en overweegt:

'Voor gedaagde bestond geen noodzaak om tegen de aangevallen uitspraak hoger beroep in te stellen. Immers, de rechtbank had zijn beroep gegrond verklaard en het bestreden besluit in volle omvang vernietigd. De daaraan ten grondslag gelegde overwegingen kon gedaagde zonodig alsnog ter discussie stellen in het kader van zijn verweer tegen een hoger beroep van de wederpartij. De mogelijkheid tot het instellen van een incidenteel hoger beroep is in de Beroepswet niet voorzien. Uit het enkele feit dat gedaagde zijnerzijds geen hoger beroep heeft ingesteld, kan dus niet worden afgeleid dat hij zich bij de door appellant bedoelde overweging van de rechtbank heeft neergelegd.'

Deze uitspraak illustreert nog eens dat de Centrale Raad van Beroep in het kader van het verweer van een geïntimeerde in beginsel bereid lijkt te zijn om ook buiten de gronden van het appèl tot beoordeling van geschilpunten over te gaan, voorzover door verweerder punten aan de orde worden gesteld die ook reeds in eerste aanleg speelden. Het gaat dan in de regel om geschilpunten waaraan de rechter in eerste aanleg niet is toegekomen, dan wel om punten die in eerste aanleg in het voordeel van de geïntimeerde werden beslecht. Naar aanleiding van de bovenstaande uitspraak resteert overigens wél de vraag of het 'openbare orde'-aspect van de bezwaartermijn in casu niet van doorslaggevende betekenis was. Het algemene beeld wordt hierdoor in ieder geval troebel, waardoor het trekken van algemene conclusies uit deze uitspraak moeilijk is.

De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak op het terrein van de hier aan de orde zijnde problematiek is beperkter. In de rechtspraak die aangetroffen is, lijkt de Afdeling niet geneigd te zijn een soort incidenteel appèl te accepteren. In een uitspraak van 20 augustus 1998 liggen de feiten als volgt.⁷⁸ Bij besluit van 4 juni 1996 hebben appellanten (burgemeester en wethouders) een vereniging van eigenaren aangeschreven om een aantal voorzieningen te treffen. De aanschrijving is per adres gezonden aan de leden van de vereniging. Tegen dit besluit heeft Y bezwaar gemaakt. Bij besluit van 6 maart 1997 heeft het college het bezwaar gegrond verklaard wat betreft de termijn waarbinnen aan de aanschrijving moet worden voldaan en het bezwaar voor het overige ongegrond verklaard. Bij uitspraak van 12 februari 1998 heeft de rechtbank het door Y tegen dit besluit ingesteld beroep gegrond verklaard. De rechtbank is tot de conclusie gekomen dat Y, die als lid van de vereniging uitsluitend voor zichzelf is opgekomen tegen de aanschrijving, geen belang heeft dat rechtstreeks is betrokken bij dit besluit en derhalve door burgemeester en wethouders ten onrechte in zijn bezwaar is ont-

78. ABRS 20 augustus 1998, JB 1998/208; RAWb 1998, nr. 163, m.a. BdeW.

vangen. De rechtbank voorziet zelf in de zaak door Y alsnog in zijn bezwaar tegen het besluit van 4 juni 1996 niet-ontvankelijk te verklaren. Tegen deze uitspraak heeft alleen het college van burgemeester en wethouders hoger beroep ingesteld. Burgemeester en wethouders stellen er belang bij te hebben dat natuurlijke personen als Y wél als belanghebbende worden aangemerkt. Het is voor de gemeente effectiever natuurlijke personen aan te schrijven dan niet functionerende (slapende) verenigingen.

De Afdeling overweegt dat in hoger beroep uitsluitend aan de orde is de vraag of de rechtbank terecht tot de conclusie is gekomen dat Y, die als lid van de vereniging uitsluitend voor zichzelf is opgekomen tegen de voorzieningenaanschrijving van 4 juni 1996, geen belang heeft dat rechtstreeks is betrokken bij dit besluit en derhalve door burgemeester en wethouders ten onrechte is ontvangen in zijn bezwaarschrift. De Afdeling acht Y wel belanghebbende. Vervolgens overweegt de Afdeling:

'Op grond van vorenstaande overwegingen komt de Afdeling tot de conclusie dat het hoger beroep gegrond is. De aangevallen uitspraak dient te worden vernietigd. De vraag of in dit geval de vereniging al dan niet terecht is aangeschreven, betreft de inhoudelijke kant van de zaak, aan een beoordeling waarvan de Afdeling in het kader van het door appellanten ingestelde hoger beroep niet kan toekomen. Nu iezerman niet tevens in hoger beroep is gekomen, moet van de rechtmatigheid van de aanschrijving worden uitgegaan.'

Annotator De Waard schrijft naar aanleiding van de uitspraak het volgende:

'3. De houder van het appartementsrecht in deze zaak schiet niets op met het in hoger beroep uitgesproken oordeel, dat hij door de rechtbank had moeten worden ontvangen. Omdat hij niet zelf in hoger beroep is gekomen stond de inhoud van die aanschrijving vast, aldus de Afdeling. Het is de vraag of betrokkene zich dit zal hebben gerealiseerd. Uit de uitspraak blijkt niet wat hij ter zitting bij de Afdeling naar voren heeft gebracht. Wel blijkt dat hij daar, mét advocaat aanwezig is geweest. Als hij niet dacht dat hij daar iets mee zou kunnen winnen, is de vraag waarom hij die kosten en moeite er voor over had. Wellicht dacht hij dat het niet nodig was zelf in hoger beroep te komen, nu b. en w. dat al hadden gedaan en daarbij nog voor zijn belangen opkwamen ook!

Zou er in het Awb-bestuursrecht een mogelijkheid van incidenteel appèl bestaan (en als appellant daarvan ook had geweten), dan had hij – zonder zelf appèl in te stellen – in zijn reactie op het hoger-beroepschrift van b. en w. kunnen aanvoeren dat hij zijnerzijds deze gelegenheid wilde benutten om in de hoger-beroepsprocedure de inhoud van de aanschrijving aan de orde te stellen.

Wat mij betreft illustreert deze uitspraak dat er op het vlak van het incidenteel appèl iets moet gebeuren. Een procesrecht als het bestuursprocesrecht, dat door ontwikkelde leken gehanteerd zou moeten kunnen worden, moet mogelijk maken dat een appellant als in casu zijn zaak in hoger beroep aan de orde stelt. Het moet niet zo zijn dat hij buitenspel komt te staan, doordat hij nalaat in hoger beroep te komen omdat b. en w. dat "voor hem" al hebben gedaan.

Ofwel de rechtspraak moet een dergelijke partij tegemoetkomen, ofwel er zou een vorm van incidenteel appèl in de Awb neergelegd dienen te worden (en misschien een combinatie van beide).'

In een uitspraak van 6 januari 2000 lijkt de Afdeling bestuursrechtspraak zich ook terughoudend op te stellen.⁷⁹ In casu werd een besluit van gedeputeerde staten van Zuid-Holland inzake een bedrijfsverplaatsingsbijdrage vernietigd, waarna de rechtbank zelf in de zaak voorzag en een hoger bedrag toekeende op basis van de onderliggende regelgeving. Tegen deze uitspraak werd *enkel* geappelleerd door het college van burgemeester en wethouders (belanghebbende) en niet door gedeputeerde staten als verwerend bestuursorgaan. Het hoger beroep werd beperkt tot de wijze waarop de rechtbank zelf in de zaak had voorzien. In appèl diende de Afdeling bestuursrechtspraak de vraag te beantwoorden of de vernietiging van het heroverwegingsbesluit nog aan de orde kon komen. De Afdeling oordeelde van niet. Nu gedeputeerde staten zelf geen hoger beroep hadden ingesteld en de Afdeling hetgeen appellanten aanvoerden, kon beoordelen zonder te treden in de vernietigingsproblematiek, diende het appèlgeding beperkt te blijven tot de appèlgronden. Van de bekende 'samenhangbenadering' van de CRvB treft men in deze uitspraak geen spoor aan.

In andere uitspraken van de ABRs wordt het samenhangcriterium wel gehanteerd, maar leidt deze toepassing er steeds toe dat geïntimeerde een beslissing van de rechtbank niet meer kan aanvechten omdat deze niet onlosmakelijk is verbonden met de beslissing waartegen het hoger beroep was gericht.

ABRS 26 februari 1998.⁸⁰ In deze planschadezaak had appellant uitsluitend grieven gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de door hem geleden schade te zijnen laste diende te blijven. Wat betreft de vaststelling door de rechtbank dat in dit geval sprake was van schade die in beginsel in aanmerking komt om te worden vergoed op de voet van artikel 49 WRO, overweegt de Afdeling: 'nu de gemeenteraad van Doorn heeft nagelaten tegen deze beslissing hoger beroep open te stellen en die beslissing voorts niet onlosmakelijk samenhangt met de beslissing van de rechtbank waartegen het hoger beroep van appellant is gericht, is deze vaststelling thans niet meer aan de orde en kan ook in het vervolg van de onderhavige procedure niet meer aan de orde komen'.

ABRS 12 oktober 1998.⁸¹ In geschil was de vraag of het gebruik van een bepaald pand voor permanente bewoning was toegestaan op grond van het overgangsrecht bij een bestemmingsplan. De rechtbank had in haar uitspraak geoordeeld dat het aannemelijk was dat het pand ten tijde van het van kracht worden van het bestemmingsplan (2 mei 1977) permanent werd bewoond, maar dat dit gebruik nadien niet onafgebroken was voortgezet. Omdat er hierdoor sprake was van wijziging van het bestaande

79. ABRs 6 januari 2000, JB 2000/25, m.nt. RJMS.

80. ABRs 26 februari 1998, Gst. 7085, nr. 8, m.nt. Teunissen.

81. ABRs 12 oktober 1998, nr. H01.97.1556.

gebruik, was permanente bewoning op grond van het overgangsrecht niet toegestaan.

Alleen appellant in eerste aanleg ging in appèl. De Afdeling overweegt: 'In hoger beroep is niet aan de orde de beslissing van de rechtbank dat het aanmerkelijk is dat het pand op 2 mei 1997 permanent werd bewoond aangezien b en w tegen haar uitspraak geen hoger beroep hebben ingesteld en die beslissing voorts niet onlosmakelijk samenhangt met de beslissing van de rechtbank waartegen het hoger beroep van appellanten is gericht.'

Uitspraken van de Afdeling waarin toepassing van het samenhangcriterium ertoe leidde dat de gronden van geïntimeerde ten aanzien van een beslissing van de rechtbank wel in appèl konden worden meegenomen, zijn niet aangetroffen.

4.4.4 Interviews

4.4.4.1 Algemeen (trechtermodel)

De meeste respondenten zijn van mening dat de appèlrechter zijn toetsing – behoudens aspecten van 'openbare orde' – primair dient toe te spitsen op de gronden zoals die door de appellerende partij(en) naar voren zijn gebracht. Hierbij zullen appellanten de grenzen van het geding in eerste aanleg overigens moeten respecteren.

In de opvatting van de meerderheid van de respondenten tekent zich op dit punt namelijk een model af waarbij gronden die niet in eerste aanleg zijn aangevoerd, in de regel ook niet meer in hoger beroep kunnen worden ingebracht (trechtermodel). Het geding in eerste aanleg en de aldaar aan de orde gestelde gronden zijn derhalve van invloed op de mogelijke omvang van het geding in hoger beroep. Een groep respondenten benadrukt in dit verband overigens nogal huiverig te zijn voor de toepassing van dit model op de relatie bezwarenfase (bestuurlijke voorprocedure) en beroep in eerste aanleg. In de regel dienen ook gronden die niet in bezwaar zijn aangevoerd, te kunnen worden ingebracht in eerste aanleg. Het respecteren van artikel 6 EVRM – en met name de toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter – mag door het toepassen van het 'trechtermodel' (in een te vroege fase van de bestuursrechtelijke procedure) niet in gevaar komen.

Hoe dan ook, wat betreft het tijdig aanvoeren van (feitelijke) gronden hebben appellanten volgens de meeste respondenten tot op zekere hoogte een eigen verantwoordelijkheid. Door het formuleren van (appèl)gronden oefenen zij met andere woorden invloed uit op de omvang van de toetsing die de rechter dient te volvoeren. Dit betekent echter geen grievensstelsel in civielrechtelijke zin, aangezien gronden mede vanwege het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging ruim moeten worden uitgelegd. Het beroepsschrift van een appellant zal – en dit is een minimumeis – wél enige basis voor de beoordeling van een grond moeten bieden. In de praktijk kan de interpretatie van een beroepsgrond overigens problemen opleveren, waardoor er 'rek' zit in de omvang van het (appèl)geding.

4.4.4.2 Incidenteel appèl

In de rechtspraak wordt het geding in hoger beroep overigens niet *exclusief* bepaald door de beroepsgronden van appellant(en), maar óók door het verweer van de gedaagde. Op dit punt worstelt de dogmatiek en de rechtspraak met de vraag in hoeverre de rechter – gelet op de karakteristieken van het huidige bestuursprocesrecht dat veel nadruk legt op de beroepsgronden – op standpunten van een geïntimeerde (gedaagde) mag ingaan. Om een einde te maken aan de onduidelijkheid pleiten diverse respondenten daarom voor de invoering van een wettelijk 'incidenteel appèl'. Dit om de positie van de geïntimeerde te verbeteren. Daartoe zouden voorzieningen, onder meer op het punt van de beroepstermijn (tot op welk tijdstip kan incidenteel worden geappelleerd), moeten worden getroffen.

Hoofregel is dat een 'geïntimeerde' (verweerder) in hoger beroep enkel punten van geschil kan inbrengen binnen het kader dat is getrokken door degene die beroep instelt. Een uitbreiding van de mogelijkheden buiten die sfeer ligt volgens sommige respondenten niet direct voor de hand.

Een deel van de respondenten wijst er in dit verband op dat een goed onderscheid moet worden gemaakt tussen de devolutieve werking van het hoger beroep en de erkenning van een (materieel) incidenteel appèl. Van een vorm van – al dan niet voorwaardelijk – incidenteel appèl zou sprake zijn indien door de appèlinstanties wordt aanvaard dat een procespartij die zelf géén appèl heeft ingesteld (bijvoorbeeld omdat er geen procesbelang bestaat, dan wel in de uitspraak wordt berust) na het verstrijken van de (principale) beroepstermijn in het kader van zijn verweer geheel nieuwe gronden en/of vorderingen produceert. De reden om dit te doen kan onder meer zijn gelegen in het feit dat een eventuele gegrondverklaring van het hoger beroep hem in een nadeliger positie brengt. Behandeling van de nieuwe grond(en) in hoger beroep is in dit verband eerst relevant zodra de (principaal) appellant in hoger beroep in het gelijk wordt gesteld. Het middel van incidenteel appèl fungeert hier ook in meer of mindere mate als een instrument voor een 'tegenaanval', waardoor kan worden voorkomen dat te lichtvaardig hoger beroep wordt ingesteld.

Toegespitst op de actuele discussies dienen in dit verband drie situaties goed te worden onderscheiden:

1. De in verweer aangevoerde grond werd eerder in de procedure niet inhoudelijk behandeld, hoewel de partij de grond wel aanvoerde.
2. De grond werd in eerste aanleg verworpen.
3. De grond is nog niet eerder in de procedure naar voren gebracht.

In de eerste twee situaties is in beginsel verdedigbaar dat de grond in hoger beroep moet worden behandeld. Er is in deze situaties strikt genomen geen noodzaak tot het regelen van incidenteel appèl, ofschoon dit – gelet op de rechtszekerheid – ook weer geen kwaad kan. Via de devolutieve werking van het hoger beroep kan een en ander immers worden ondervangen.

In de derde situatie ligt behandeling van de grond niet voor de hand. In dit geval kan volgens de desbetreffende respondenten enkel duidelijkheid worden

gecreëerd door een wettelijke regeling. Een groep respondenten wijst erop dat in een dergelijke regeling ook aandacht zou moeten uitgaan naar de situatie die zich voordoet indien door een partij hoger beroep is ingesteld, maar deze partij dit later weer intrekt. De gedaagde zou dan een mogelijkheid moeten krijgen om zelf weer hoger beroep in te stellen.

4.4.5 Dossieronderzoek

In de onderzoekspopulatie zijn diverse uitspraken aangetroffen waaruit blijkt dat het appèl wordt beperkt tot de gronden van het hoger beroep. Het lijkt hier te gaan om een 'normaal' jurisprudentiebeeld.

ABRS 21 april 1998, Ho1.97.0802/Q01. Schadevergoeding ingevolge artikel 22, lid 1 Monumentenwet 1998. Opgevoerd waren 12 schadeposten.

Afdeling bestuursrechtspraak overweegt: 'De Afdeling stelt vast dat het geschil in hoger beroep niet ziet op het besluit van de Staatssecretaris van 4 maart 1998 met betrekking tot de door appellant genoemde kostenpost 11 (vaste lasten). Het hoger beroep betreft derhalve de vraag of en zo ja, tot welk bedrag, de overige elf kostenposten hadden behoren te worden gehonoreerd.'

ABRS 16 september 1999, Ho1.98.2041. Zgn. besluit van aanmerkelijk belang van de Staatssecretaris van VROM, dat een woningstichting 121 huurwoningen niet mag verkopen aan een particuliere belegger. Woningstichting daartegen in bezwaar. Bezwaar (primair) niet ontvankelijk, wegens niet tijdig inzenden motivering en (subsidiar) ongegrond.

In eerste aanleg stelt de Rechtbank vast dat de niet-ontvankelijkverklaring onterecht is, nu de Stichting haar motivering (uiteindelijk) tijdig heeft nagezonden. Verder wordt vastgesteld dat het besluit van de Staatssecretaris inhoudelijk onrechtmatig is, omdat het niet is gebaseerd op een juiste belangenafweging.

De Staatssecretaris komt in hoger beroep bij de Afdeling en voert daarbij expliciet aan: 'Mijn bezwaren richten zich niet tegen het onderdeel van de uitspraak dat ziet op de ontvankelijkheid van de Woningstichting in het oorspronkelijke bezwaar. Mijn hoofdbezwaar is dat naar mijn mening de rechtbank onvoldoende terughoudendheid heeft getoond bij de toetsing van mijn besluit van 7 november 1997.'

De Afdeling overweegt in het verlengde hiervan: 'In hoger beroep is uitsluitend aan de orde het na bezwaar gehandhaafde besluit van appellant, dat het besluit tot verkoop van de 121 woningen niet mag worden uitgevoerd' (beperking tot punt van geschil). Vervolgens, wordt inhoudelijk vastgesteld dat de Rechtbank de discretionaire ruimte van de Staatssecretaris voldoende heeft gerespecteerd.

ABRS 18 oktober 1999, Ho1.98.2026. Ongeldig verklaren rijbewijs. Bij de rechtbank waren twee vragen aan de orde: In het algemeen of er sprake was van ongeschiktheid inzake het besturen van een motorrijtuig; Verder speelde er de kwestie dat appellant niet kon meewerken aan een tweede onderzoek naar geschiktheid, omdat hij toen gedetineerd was.

De rechtbank overweegt dat detentie voor eigen risico is. Appellant heeft eerst ter zitting gezegd dat hij de oproep voor het tweede onderzoek niet heeft ontvangen. De rechtbank laat dit daarom buiten beschouwing. Het hoger beroep beperkt zich tot het punt van het niet meewerken aan het tweede onderzoek.

De Afdeling bestuursrechtspraak overweegt eveneens dat detentie voor eigen risico is. Wel geeft de Afdeling een iets andere 'draai' aan de bewering dat de oproep niet ontvangen is: het had op de weg gelegen van appellant om aannemelijk te maken dat hij de oproep niet ontvangen heeft; hij is daarin niet geslaagd.

Gelet op de aard van de grief mocht deze volgens de Afdeling kennelijk in beginsel nog ter zitting in eerste aanleg naar voren worden gebracht. De rechtbank is echter enkel gehouden tot behandeling van zo'n grief indien er sprake is van een adequate adstructie.

Indien bepaalde gronden, welke in eerste aanleg speelden, niet in hoger beroep aan de orde worden gesteld, laat de Afdeling deze onbesproken. Dit geldt, zo blijkt uit de navolgende uitspraak ook indien het gaat om de (mogelijke) schending van mensenrechten.

ABRS 11 mei 2000, Ho1.98.1918. Bestuursdwangaanschrijving i.v.m. blijven innemen van standplaatsen voor woonwagens, waarvoor de Woonwagenvergunning is ingetrokken. Beroep bij de rechtbank op twee gronden: 1. onjuiste toepassing van de Woonwagenwet en 2. schending van artikel 8 EVRM (recht op gezinsleven).

Het hoger beroep beperkt zich tot toepassing van de Woonwagenwet. De Afdeling wijkt weliswaar af van de rechtbank (onjuiste uitleg gegeven aan artikel 10c Woonwagenwet), maar beperkt zich tot het punt van geschil.

Ook de Centrale Raad van Beroep beperkt zich vaak tot de gronden die in hoger beroep naar voren zijn gebracht, waarbij de gewisselde gronden/argumenten bij de rechtbank verder buiten beschouwing worden gelaten. Er werden in de onderzoekspopulatie twee uitspraken aangetroffen die een dergelijke beperking tot het punt van geschil (in hoger beroep) duidelijk laten zien.

CRvB 13 november 1998, 97/6298 AAW/WAO. In geschil was de vraag of appellante arbeidsongeschikt was wegens de vermoedheidsziekte ME. De rechtbank wijde uitvoerige overwegingen aan de standaardjurisprudentie van de Raad, waarin wordt geëist dat ME objectiveerbaar kan worden aangetoond. Het hoger-beroepschrift beperkte zich tot het verzoek om alsnog een immunologisch onderzoek te doen uitvoeren. De Centrale Raad overweegt dat de rechtbank al uitvoerig heeft stilgestaan bij de plaatsgevonden onderzoeken, zodat een nader immunologisch onderzoek niet noodzakelijk is.

CRvB 1 mei 1997, Awb 96/342 ww Ro1693. In bezwaar en bij de rechtbank. was er over geklaagd dat zgn. sociaal loon (een vergoeding voor vrijwilligerswerkzaamheden) ten onrechte was aangemerkt als inkomen. Verder kwam aan de orde het al dan niet terecht terugvorderen van de uitkering met terugwerkende kracht. Deze terugvordering werd door de rechtbank vernietigd wegens strijd met het rechtszeker-

heidsbeginsel. In hoger beroep werd slechts geklaagd over de vraag of het sociaal loon als inkomen moest worden beschouwd. Deze vraag beantwoordde de CRvB ontkennend.

Veelal komt het intussen voor dat het geschil, zowel in beroep bij de rechtbank als bij de Centrale Raad van Beroep, om hetzelfde punt van geschil gaat. Er vindt dan in (hoger) beroep geen nadere beperking plaats aan de hand van gronden. Dat komt omdat het geschil zich vanaf het begin af aan op één punt concentreert. Een geval, waarin weliswaar de rechtbank en de Centrale Raad van Beroep hetzelfde punt van geschil beoordeelden, maar ten opzichte van het voorafgaande bezwaar een 'versmalling' had plaatsgevonden, was het volgende:

CRvB 19 november 1997, AAW/WAO 96/1960: Weigering WAO-uitkering. Bezwaar werd gemaakt op twee punten: (1) ten onrechte zou zijn aangenomen dat de wachttijd van 52 weken niet was volgemaakt. (2) Voorts zouden psychische klachten ten onrechte niet zijn aangemerkt als (mogelijke) oorzaak van arbeidsongeschiktheid. Het beroep bij de rechtbank beperkt zich tot dit laatste punt. De rechtbank stelt vast dat de psychiater arbeidsongeschiktheid heeft geconstateerd en dat de weigering ten onrechte is. In hoger beroep stelt het Lisv dat de psychiater anno 1995 retrospectief een arbeidsongeschiktheid construeert anno 1990. De Raad acht het appèl gegrond.

4.4.6 Bevindingen en evaluatie

In algemene zin bestaat er een breed draagvlak voor het standpunt dat de omvang van het appèlgeding in de regel wordt beperkt door de vordering van de (principaal) appellante en de in dit kader door hem geproduceerde gronden. Hierbij verdient aantekening dat de appèlrechter – evenals de rechter in eerste aanleg – de gronden van appellant (met in achtneming van de eisen van hoor en wederhoor) mag interpreteren. Vanuit het perspectief van de appèlinstantie komt hierbij dat, nu artikel 8:69 Awb van openbare orde is (zie hoofdstuk 5), hij ook ambtshalve heeft na te gaan of de rechter in eerste aanleg het geding juist heeft afgebakend. Uitgangspunt is hierbij dat de uiterste grenzen van het geding in eerste aanleg in de regel óók de uiterste grenzen zijn van het geding in hoger beroep. De appèlgronden kunnen de rechtsstrijd vervolgens 'versmallen'.

Een probleem houdt verband met de procestechnische positie van de geïntimeerde (gedaagde). In beginsel *produceert* deze immers géén gronden in hoger beroep; hij *reageert* hooguit op de gronden die door de appellant zijn geformuleerd. In dit kader geldt dan ook als hoofdregel dat de appèlrechter niet behoeft in te gaan op gronden en/of argumenten die de grenzen van de appèlgronden te buiten gaan.

Uit het voorafgaande blijkt dat binnen het actuele bestuursprocesrecht de vraag speelt of er niet voorzien dient te worden in een wettelijke regeling inzake (voorwaardelijk) incidenteel appèl. Het gaat dan om een regeling op basis waarvan een gedaagde, na het verstrijken van de appèltermijn, alsnog gronden kan inbrengen die los staan van het principaal beroep. Een dergelijke regeling is, zo leert onder

meer het civiele procesrecht, in ieder geval niet noodzakelijk indien een gedaagde gronden beoordeeld wil zien die in eerste aanleg weliswaar aan de orde waren, maar die niet door de eerstelijnsrechter zijn beoordeeld. Deze gronden zijn reeds op grond van de devolutieve werking van het appèl in hoger beroep weer in het geding. De appèlrechter dient deze dan ook te beoordelen.

Ook in situaties waarin een gedaagde (alsnog) *beslissingen* van de rechter in eerste aanleg ter discussie wil stellen, is een wettelijke regeling van 'incidenteel appèl' in het bestuursprocesrecht wellicht overbodig.⁸² Het ontbreken van een regeling inzake incidenteel appèl kan immers voor een deel worden ondervangen door uit te gaan van een ruime visie inzake de devolutieve werking van het hoger beroep. Grieven van een gedaagde in appèl die 'te maken hebben' met het geding in eerste aanleg (en de aldaar *beoordeelde* vordering en gronden) kunnen door de appèlrechter in beginsel worden 'meegenomen', ook al heeft de appellant het geding in hoger beroep door het formuleren van gronden nader omlijnd. Het gaat hier dan om gronden die reeds in eerste aanleg aan de orde waren, en die door de geïntimeerde (bijvoorbeeld wegens gebrek aan belang) onberoepen zijn gebleven.

Bekend is de situatie waarin partij X in eerste aanleg op drie gronden (A, B en C) om vernietiging van een besluit verzoekt en de rechtbank op grond A vernietigt en de gronden B en C verwerpt. Indien verweerder Y appelleert, zal partij X in de regel gevoelsmatig weinig behoefte hebben bij appèl (zijn 'vordering' is immers toegewezen). Dit komt anders te liggen indien de appèlrechter van oordeel is dat ten onrechte op grond A is vernietigd. Partij X heeft dan belang bij beoordeling van de gronden B en C. Dit kan bij verweerschrift – los van een zelfstandig appèl – aan de orde worden gesteld. Voor de duidelijkheid (rechtszekerheid) zou men deze situatie natuurlijk uitdrukkelijk bij wet kunnen regelen. Hierbij dient ook in overweging te worden genomen dat het door de appèlrechters gehanteerde *samenhangcriterium* beperkingen kent in zijn toepassing. Dit blijkt uit de rechtspraak van de ABRS en – zij het in mindere mate – ook uit die van de CRvB.

Een regeling zou bijvoorbeeld 66k voor de hand liggen in het navolgende geval. X stelt beroep in en vordert met succes vernietiging van een beschikkingsvoorschrift. Verweerder Y appelleert omdat naar zijn oordeel onterecht is vernietigd. Mag X bij wijze van verweer alsnog verzoeken om vernietiging van het gehele besluit?

Een wettelijke regeling inzake incidenteel appèl zou in ieder geval zijn aangewezen indien een verweerder in appèl een nieuwe grond ter vernietiging zou willen aandragen die in eerste aanleg nog niet aan de orde is geweest.⁸³ Het incidenteel appèl zou vanuit dit perspectief bezien als een verstrekkend instrument tot 'tegenaanval' (en compromisvorming) kunnen gaan fungeren, waardoor het lichtvaardig instellen van appèl wordt voorkomen. Aanvaardt men dit, dan

82. Vgl. in dit verband ook Hugenholtz/Heemskerk 1998, p. 216, waar wordt opgemerkt: 'Een incidenteel appèl kan alleen zijn gericht tegen een *beslissing* van de lagere rechter. Als deze omtrent een bepaald punt, hetzij een verweermiddel, hetzij een stelling tot ondersteuning van de eis, niets heeft beslist, is geen incidenteel beroep nodig om dit punt weer aan de orde te stellen.'

83. Bij sommige afhankelijke vorderingen is dit niet noodzakelijk. Zo kan een beroep op art. 8:73, eerste lid, Awb ook nog in appèl (door gedaagde) worden gedaan. Hierdoor wordt niet aan een beslissing van de rechtbank afgedaan. Zie: M. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 273.

dient men zich wél te realiseren dat de omvang van het geding in hoger beroep ruimer kan zijn dan het geding in eerste aanleg waardoor het 'trechtermodel' wordt gerelativeerd. Het betreft hier dus een rechtspolitieke afweging die de wetgever zou moeten maken.

Hoe zou een wettelijke regeling inzake 'incidenteel appèl' er op hoofdlijnen uit kunnen zien? De figuur van incidenteel appèl zou in het bestuursprocesrecht mede kunnen worden gebruikt voor het aanvoeren van vorderingen en/of gronden bij verweerschrift, welke gronden/vorderingen in eerste aanleg nog *niet* aan de orde waren (nieuwe vorderingen en/of gronden). Dit ligt echter wellicht niet erg voor de hand. Waar geheel nieuwe gronden bij principaal beroep in slechts beperkte mate toelaatbaar zijn (zie par. 4.5), zou het verstrekkend zijn om dit wel bij incidenteel beroep toelaatbaar te achten.

Zoekt men aansluiting bij de civiele praktijk, dan kiest men ervoor om de figuur toe te passen ten aanzien van gronden die in eerste aanleg aan de orde waren, maar die bijvoorbeeld zijn verworpen. Zoals gesteld, kan in deze laatstgenoemde gevallen in beginsel echter ook worden gekozen voor een ruime toepassing van de devolutieve werking van het appèl. Dit is verdedigbaar omdat het bestuursproces niet op alle punten gelijk gesteld kan worden aan een contradictoir partijengeschil. Het besluit zal (als object van het geding en onderzoek) altijd een rol spelen.

Het voordeel van een wettelijke regeling is in ieder geval gelegen in het bewerkstelligen van duidelijkheid. In dit kader zal de procestechnische positie van de appellant bovendien scherper kunnen worden afgebakend ten opzichte van de gedaagde. Een gedaagde die in appèl een uitspraak van de rechter wenst op punten die zijn gelegen buiten het (principaal) beroep, zal zelf incidenteel moeten appelleren. Hierin is tevens ook een nadeel van zo'n regeling gelegen. Het appèlproces wordt immers verder geformaliseerd en voor leken complex.

Een wettelijke regeling zou er in essentie overigens simpel kunnen uitzien, waarbij inspiratie kan worden geput uit de wettelijke regeling van het 'incidenteel cassatieberoep' zoals neergelegd in artikel 29b, tweede lid, Algemene Wet inzake Rijksbelastingen.⁸⁴ Deze bepaling luidt:

'De partij (d.w.z. de geïntimeerde, red.) kan bij verweerschrift incidenteel beroep in cassatie instellen. In dat geval wordt de partij die beroep in cassatie heeft ingesteld, in de gelegenheid gesteld om binnen vier weken na verzending van het verweerschrift het incidentele beroep te beantwoorden.'

In de toelichting kan dan vervolgens nader worden ingegaan op situaties waarop deze regeling ziet. Vragen die door de wetgever vervolgens in bijkomende bepalingen beantwoord zouden dienen te worden, luiden:

84. Zie over deze bepaling (en de totstandkoming) o.m. R.E.C.M. Niessen, De rechtsgang in cassatie vernieuwd, Tijdschrift voor formeel belastingrecht 1999/1, p. 6-7. De fiscale regeling laat overigens nog diverse vragen onbeantwoord.

- Dient er sprake te zijn van een 'incidenteel' of van een 'voorwaardelijk incidenteel' appèl (dient m.a.w. het incidenteel appèl enkel te worden behandeld indien het principaal beroep gegrond is)?
- In hoeverre komt aan het 'incidenteel appèl' zelfstandige betekenis toe naast het 'principaal appèl' (vervalt het incidenteel appèl bijv. indien het principaal beroep wordt ingetrokken)?
- Hoe dient het 'incidenteel appèl' zich precies te verhouden tot het verweerschrift (eventuele vormvoorschriften)?
- Welke termijnen dienen te worden gehanteerd?

4.5 NIEUWE GRONDEN, ARGUMENTEN EN VORDERINGEN IN HOGER BEROEP

4.5.1 Algemeen

In deze paragraaf komt de vraag aan de orde in hoeverre de omvang van het geding in eerste aanleg tevens de harde buitengrens markeert van het geding in hoger beroep, een en ander gezien vanuit het perspectief van de partijen en in het bijzonder de appellant. Het gaat hier dan om de vraag of en, zo ja, in hoeverre – mede tegen de achtergrond van de functies van het bestuursrechtelijke appèl – nog een 'verbreding' van de rechtsstrijd in appèl toelaatbaar is.

De beantwoording van deze complexe vraag wint aan inzichtelijkheid indien er een onderscheid wordt gemaakt tussen gronden, argumenten en vorderingen. Daarbij zij wel aangetekend dat het theoretische onderscheid tussen (nieuwe) gronden en argumenten in de praktijk van vooral de Afdeling bestuursrechtspraak niet altijd even scherp kan worden gemaakt. Soms vloeien beide in elkaar over.

4.5.2 Literatuur

Over de vraag in welke mate in hoger beroep door de aanlegger nieuwe gronden, argumenten of vorderingen kunnen worden aangevoerd, lopen de meningen in de literatuur uiteen. Grosso modo kan worden onderscheiden tussen auteurs die (vrijwel) geen beperking op dit punt aanvaarden ('volledige herkansing') en auteurs die wel een meer of minder verregaande beperking aanhangen ('beperkte herkansing').

Volledige herkansing

Deze opvatting is het meest duidelijk verwoord door Tak en De Bock. De visie van Tak hangt nauw samen met zijn opvatting over de devolutieve werking van het hoger beroep, waarbij hij zich – naar eigen zeggen – oriënteert op het civiele hoger beroep.⁸⁵ Volgens Tak betekent devolutieve werking van het beroep dat 'de gehele zaak wordt afgewenteld van de eerste rechter op de hogere'. Deze dient de

85. Tak 1998.

zaak in volle omvang opnieuw te behandelen. Partijen kunnen het geschil uiteraard beperken in hun appèlschrift en mogen ook niet treden buiten het object van geschil in eerste aanleg (besluit). Voor het overige kunnen motieven, grieven, feiten, et cetera ten aanzien van het object in hoger beroep, als een door devolutie geheel op de appèlinstantie afgewentelde kwestie geheel in de oorspronkelijke vorm of in bijgestelde vorm worden aangevoerd. Uiteraard moet de appèlinstantie overrompeling van de wederpartij voorkomen. Dit kan worden gewaarborgd via de bandbreedte van de goede procesorde. Alleen zo is de tweede kans een volle kans, een echte replay.

De Bock hangt eveneens een ruim standpunt aan.⁸⁶ Ter onderbouwing wijst zij nog op de MvT, waarin wordt gesteld dat in hoger beroep een volledig nieuwe behandeling moet plaatsvinden. Een volledige herkansing is bovendien aangewezen wegens het ontbreken van een verplichte procesvertegenwoordiging: wanneer in een civiel geding zelfs een advocaat een herkansingsmogelijkheid krijgt, is het onbegrijpelijk om deze mogelijkheid in een bestuursrechtelijk geding aan een 'gewone' burger te onthouden. De verlenging van de procedure waartoe een volledige herkansing leidt, moet maar op andere manieren worden bestreden, bijvoorbeeld door het stellen van termijnen aan de rechter.

Beperkte herkansing

Een meer beperkte vorm van herkansing wordt verdedigd door Schreuder-Vlasblom.⁸⁷ In haar visie is de mogelijkheid om in appèl nieuwe gronden en argumenten in te brengen op twee manieren beperkt.

In de eerste plaats is er de beperking die voortvloeit uit haar opvatting betreffende de (beperkte) verantwoordelijkheid van de rechter voor de feitenvaststelling (zie par. 4.2).⁸⁸ Feiten die behoren tot het bewijsdomein van de burger en die door deze ondanks voorlichting van het bestuur niet uiterlijk in de bezwarenfase zijn aangevoerd, kunnen in (hoger) beroep niet meer worden aangevoerd. Ten aanzien hiervan kan het bestuur immers geen onzorgvuldigheid worden verweten.

Een tweede beperking vloeit voort uit haar – in paragraaf 3.2.3 weergegeven – opvatting dat in appèl de uitspraak van de rechter in eerste aanleg object van geding is (en niet het in primo bestreden besluit). Deze opvatting wordt, zoals in de desbetreffende paragraaf aangegeven, zowel verdedigd op grond van argumenten van principiële aard (bevordering van de kwaliteit van de rechtspraak, van de rechtseenheid en van de rechtsontwikkeling), als op grond van proceseconomische argumenten. De consequentie van deze opvatting is dat partijen wel in appèl kunnen komen om hun eigen verzuimen te herstellen, maar niet onbeperkt. Met name ingrijpende frontveranderingen in appèl op het punt van argumenten en bewijsmateriaal vereisen enige rechtvaardiging, anders moeten ze buiten beschouwing worden gelaten. Als rechtvaardiging kunnen dienen:⁸⁹

86. De Bock 1999.

87. Schreuder-Vlasblom 1999b, p. 793-795; *idem* 2001a, p. 251-258.

88. Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000; Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 132-136.

89. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 256-257.

- in primo door het bestuur achtergehouden of anderszins pas later beschikbaar gekomen gegevens;
- een te strakke houding van de rechtbank die verschoonbaar op een laat tijdstip ingediende stukken buiten beschouwing liet;
- het pas in een zeer laat stadium van de eerste aanleg of pas bij lezing van de uitspraak inzien van de relevantie van een bepaalde kwestie;
- onverwachte wendingen in de procedure in eerste aanleg waarop men niet tijdig kon inspelen;
- een sterk gewijzigde getuigenverklaring of een te coulante houding van de rechtbank jegens een slordig procederende wederpartij.

Of een rechtvaardigingsgrond aanwezig is, zal steeds door de appèlrechter moeten worden gewogen. Het aanvoeren ervan mag niet worden uitgesloten.

Het voorafgaande betekent niet dat in primo geopende discussies in appèl niet kunnen worden voortgezet met aanvullende gegevens en argumenten. Men kan echter niet ter adstructie van eerder genoemde bezwaren in appèl met gegevens komen waarom de rechtbank reeds correct, maar tevergeefs vroeg. Is in primo artikel 8:31 Awb toegepast of geoordeeld dat gegevens verwijtbaar te laat zijn overgelegd, dan is in appèl eerst aan de orde of dat terecht was. Zo ja, dan moet herstel in appèl niet mogelijk zijn, omdat de rechtbanken anders hun vat op partijen verliezen. Was het tardief inbrengen niet verwijtbaar, dan is het gerechtvaardigd dat de stukken in het appèlgeding wel worden betrokken.

Een 'beperkte herkansing' wordt ook verdedigd door Schlössels.⁹⁰ In lijn met Schreuder-Vlasblom vormt ook volgens hem het geding in eerste aanleg in beginsel de buitengrens van het geding in appèl. De appèlrechter dient ambtshalve na te gaan of de afbakening van het geding in eerste aanleg correct is geschied: artikel 8:69 Awb is van openbare orde. Daarbij moet met name óók worden beoordeeld of de rechter in eerste aanleg voldoende hulp heeft geboden bij het interpreteren van gronden, het afbakenen ervan en de vertaling in rechtsgronden (in verband met ongelijkheidscompensatie). Is zulks adequaat geschied, dan is er in beginsel geen reden om appellant toe te staan in hoger beroep nog volstrekt nieuwe rechtsgronden in te brengen. Of er nog ruimte is voor nieuwe feitelijke gronden, lijkt Schlössels afhankelijk van de vraag of appellant deze gronden redelijkerwijs niet eerder had kunnen inbrengen.

Wat betreft het inbrengen van nieuwe bewijstechnische argumenten ter adstructie van reeds bij de eerste rechter ingebrachte gronden (bijv. nieuwe onderzoeksgegevens) verdedigt Schlössels een ruimere opvatting dan Schreuder-Vlasblom: dit moet volgens hem tot het sluiten van het onderzoek in appèl toelaatbaar worden geacht, mits hoor en wederhoor binnen de desbetreffende instantie is verzekerd.

90. Schlössels 2000, p. 23-24.

4.5.3 *Jurisprudentie*

In deze paragraaf komen, tegen de achtergrond van de literatuuranalyse, de volgende vragen aan de orde:

1. Tot op welk moment in de procedure kunnen nieuwe gronden worden aangevoerd?
2. Tot op welk moment in de procedure kunnen die nieuwe gronden nader worden onderbouwd met nieuwe argumenten (bewijs)?
3. Tot op welk moment in de procedure kan de appellerende partij met een nieuwe vordering komen?

4.5.3.1 *Nieuwe gronden*

Centrale Raad van Beroep

De rechtspraak van de CRvB op het punt van het accepteren van geheel nieuwe gronden in appèl laat enige variatie zien. De hoofdlijn lijkt te zijn dat nieuwe gronden in appèl in beginsel worden toegelaten. In een aantal uitspraken worden nieuwe gronden echter als tardief of om andere redenen buiten beschouwing gelaten. Hierna wordt de belangrijkste jurisprudentie weergegeven.

Een voorbeeld van de 'ruimhartige' aanpak van de CRvB biedt een uitspraak van 14 oktober 1999.⁹¹ Gelet op de principiële toonzetting van de overwegingen lijkt deze als een standaarduitspraak te kunnen worden beschouwd. De CRvB overweegt:

'Namens appellant zijn in het aanvullend beroepschrift een groot aantal, deels nieuwe grieven, naar voren gebracht.

De Raad overweegt daaromtrent in de eerste plaats de bezwaren van gedaagde tegen het aanvoeren van nieuwe grieven in hoger beroep in het onderhavige geval niet te onderschrijven. Onder verwijzing naar zijn uitspraak van 16 oktober 1998, onder meer gepubliceerd in AB 1999, 48, is de Raad van oordeel dat wanneer een belanghebbende zijn grieven tijdig kenbaar maakt aan de Raad en gedaagde in de gelegenheid is geweest gemotiveerd op die grieven te reageren, geen geschreven of ongeschreven rechtsregel een beoordeling van die grieven in de weg staat.

Niet gezegd kan worden dat appellant buiten de grenzen van het geschil is getreden en evenmin is gebleken dat appellant in een eerdere fase er welbewust vanaf heeft gezien bepaalde (mogelijke) gebreken van het bestreden besluit aan de orde te stellen.'

Uit deze uitspraak blijkt dat in ieder geval tot het moment van het (aanvullend) hoger-beroepschrift nieuwe gronden kunnen worden aangevoerd. De Raad stelt daarbij wel twee randvoorwaarden:

91. CRvB 14 oktober 1999, JB 1999/303, m.nt. H. Jansen.

- a. De gedaagde/geïntimeerde moet in de gelegenheid zijn geweest gemotiveerd op die nieuwe gronden te reageren. Die gelegenheid is er per definitie. Het hoger-beroepschrift markeert immers het begin van het proces. Verweerder kan in het verweerschrift, tijdens het vooronderzoek en ter zitting reageren op die nieuwe gronden.
- b. Appellant moet er niet in een eerdere fase welbewust vanaf hebben gezien bepaalde mogelijke (juridische) gebreken die aan een besluit kleven, aan de orde te stellen.

Een tweede voorbeeld van de ruime opvatting van de CRvB bij het toelaten van geheel nieuwe gronden, biedt CRvB 16 augustus 2000.⁹² In deze zaak wordt de pas in hoger beroep opgeworpen grond, dat zowel het oorspronkelijke als het bestreden besluit door een onbevoegde bedrijfsvereniging zijn genomen, inhoudelijk door de Centrale Raad beoordeeld. Uiteindelijk leidt deze beoordeling overigens niet tot vernietiging van het bestreden besluit.

Ten slotte kan worden gewezen op CRvB 29 juni 2000.⁹³ In deze zaak tegen een bestuurlijke boete op grond van de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen had de rechtbank het eerst ter zitting gedane beroep op artikel 6 EVRM als zijnde tardief niet bij haar beoordeling betrokken. In hoger beroep wordt het, inmiddels nader onderbouwde, beroep op deze bepaling door de CRvB wel inhoudelijk beoordeeld (maar afgewezen). Dat deze grond in eerste aanleg te laat was aangevoerd, was hiervoor kennelijk geen beletsel.

Niet altijd is de CRvB echter zo 'ruimhartig' bij het toelaten van nieuwe gronden. Soms wordt in dit verband een aanvullende reden aangegeven waarom de nieuwe grond niet wordt toegelaten. Gewezen kan worden op de uitspraak van de Centrale Raad van 11 juni 1999.⁹⁴

'In hoger beroep is namens appellant wederom een beroep gedaan op schending van het gelijkheidsbeginsel. Voorts heeft appellant aangegeven dat hij weliswaar gebruik kan maken van het AOV (aanvullend openbaar vervoer, schr.), maar dat er als gevolg van een medische ingreep wel sprake is van een situatie die voor medepassagiers onprettig zou kunnen zijn. Voorts stelt hij dat er sprake is van psychische problematiek, welke mogelijk aanleiding vormt om een psychiater te laten onderzoeken in hoeverre het reizen met het AOV voor hem belastend is. Naar aanleiding van de grieven van appellant in hoger beroep overweegt de Raad als volgt.

Door appellant is op geen enkel moment gesteld dat zijn lichamelijke toestand hem verhinderde om gebruik te maken van het AOV. De door appellant in hoger beroep aangestipte psychische problematiek is dermate laat naar voren gebracht en summiër aangeduid dat de Raad daarin geen reden ziet om een relevante belemmering op dat punt aan te nemen of daarnaar nader onderzoek te doen instellen. Ook de van gedaagdes kant in hoger beroep overgelegde rapportage van Zorgvoorzieningen

92. CRvB 16 augustus 2000, RSV 2000/243.

93. CRvB 29 juni 2000, RSV 2000/213.

94. CRvB 11 juni 1999, AB 1999/408.

Nederland van 30 maart 1998 duidt er geenszins op dat appellant om medische redenen van lichamelijke of psychische aard niet in staat zou zijn om van het AOV gebruik te maken.

Naar aanleiding van de stelling van appellant dat het voor medepassagiers in het AOV onprettig zou kunnen zijn samen met hem te reizen, merkt de Raad op dat hij uit de voorhanden medische en andere gegevens niet kan opmaken dat er sprake is van een situatie waarin het van appellant, in verband met het effect van zijn aanwezigheid in het AOV op medepassagiers, redelijkerwijs niet te vergen zou zijn om van dat systeem gebruik te maken, dan wel van die medepassagiers niet te vergen zou zijn om samen met hem vervoerd te worden.'

Vervolgens wordt het beroep op het gelijkheidsbeginsel verworpen omdat er niet uitgegaan mag worden van een vergelijkbare situatie. Van belang in deze uitspraak is dat de psychische problematiek niet alleen laat, maar ook zo summier is aangeduid dat de Raad geen reden ziet op dat punt een belemmering aan te nemen of een nader onderzoek te entameren. Voorts speelt het door het bestuursorgaan overgelegde rapport van Zorgvoorzieningen Nederland – dat voor de nieuwe gronden van appellant geen aanwijzing biedt – in dit verband een rol.

In een aantal uitspraken in de sfeer van het ambtenarenrecht stelt de CRvB zich juist streng op ten opzichte van pas in appèl aangevoerde gronden en worden zij buiten de beoordeling gelaten uitsluitend omdat zij tardief zijn aangevoerd. Anders dan in de hiervoor weergegeven uitspraak, waarin als bijkomende reden voor het buiten de beoordeling laten, werd gewezen op 'summier' aanduiding van de grond, wordt in deze uitspraken geen aanvullende reden gegeven. Ter adstructie kunnen de volgende twee zaken worden genoemd.

CRvB 9 juli 1998.⁹⁵ In een ontslagzaak van een aspirant-politiesurveillant voert appellant pas in hoger beroep aan dat zij ten onrechte niet overeenkomstig artikel 4:8 Awb is gehoord voordat het primaire besluit werd genomen. De CRvB 'verwerpt deze grief reeds omdat deze tardief is aangevoerd'. Omdat ook de andere grieven geen doel treffen, wordt het hoger beroep verworpen.

CRvB 22 februari 1996.⁹⁶ In verband met de toepassing van een functiewaarderingssysteem op een commandant van de brandweer werpt appellant pas in hoger beroep een grond op in verband met het aantal uren dat moet worden toegekend aan de opleiding tot beroepsbrandweer-officier aan de Rijksbrandweeracademie. De CRvB laat deze grond 'als tardief buiten beschouwing' nu dit punt pas in hoger beroep is aangevoerd 'en niet is gebleken dat appellant dit punt niet bij de bezwarencommissie of bij de behandeling in eerste aanleg aan de orde had kunnen stellen'.

Al met al laat de jurisprudentie van de CRvB een gevarieerd beeld zien. De hoofdlijn lijkt te zijn dat nieuwe gronden in appèl worden toegelaten zolang de weder-

95. CRvB 9 juli 1998, TAR 1998/167.

96. CRvB 22 februari 1996, TAR 1996/76.

partij maar voldoende gelegenheid heeft gehad voor verweer en de gronden in primo niet bewust achterwege zijn gelaten. Van de hoofdregel wordt afgeweken wanneer de nieuwe grond slechts summier is aangeduid en deze grond ook overigens niet erg waarschijnlijk is. In ambtenarenzaken ziet men uitspraken waaruit een strenger beeld naar voren komt en nieuwe gronden in appèl buiten de beoordeling blijven omdat ze zonder rechtvaardiging niet eerder in de procedure naar voren zijn gebracht.

Afdeling bestuursrechtspraak

Zoals in paragraaf 3.2 aangegeven, heeft de ABRS principieel gekozen voor de uitspraak van de eerste rechter als object van geding in appèl. Uitgangspunt bij de beoordeling is derhalve de mede door de aangevoerde gronden en argumenten bepaalde omvang van het geding in eerste aanleg. In deze opvatting ligt het niet voor de hand dat het aanvoeren van nieuwe gronden in appèl zonder meer wordt toegestaan. In termen van Schreuder-Vlasblom is daarvoor 'enige rechtvaardiging' nodig.⁹⁷

In de jurisprudentie kan men tenminste deels een bevestiging zien van het voorafgaande. In andere uitspraken is het minder duidelijk of deze denklijn wordt gevolgd, omdat een duidelijke motivering ontbreekt. Hierna wordt de rechtspraak van de Afdeling – van streng naar soepel – weergegeven. Zoals in paragraaf 1.3 aangegeven is, teneinde een meer representatief beeld te kunnen geven van de rechtspraak van de Afdeling, in deze paragraaf de nodige niet-gepubliceerde rechtspraak opgenomen. Opmerkelijk is dat uitspraken waarin de Afdeling zich soepel betoont ten opzichte van nieuwe gronden, uitsluitend in de ongepubliceerde rechtspraak kunnen worden gevonden.

De 'strengere' Afdeling is aan het woord in een uitspraak van 4 februari 2000.⁹⁸ In deze planschadezaak had appellant bij de rechtbank uitsluitend geklaagd over de hoogte van de toegekende schade ten gevolge van de wijkontsluitingsweg. In appèl wordt daarenboven geklaagd over de schadevergoeding ten gevolge van woningbouw. De ABRS overweegt:

'Voorzover appellant in hoger beroep heeft betoogd dat de schadevergoeding ten gevolge van de woningbouw op een te laag bedrag is bepaald, kan dit aspect thans niet meer aan de orde komen. Gelet op de inhoud van het beroepschrift bij de rechtbank moet appellant worden geacht het beroep te hebben beperkt tot de schade die voortvloeit uit de wijkontsluitingsweg. Indien aan de overwegingen van de rechtbank met betrekking tot de woningbouw zelfstandige betekenis zou moeten worden toegekend, zou daarmee buiten de in beroep gepresenteerde reikwijdte van het geschil worden getreden, waarvoor in dit geval geen aanleiding is, te minder nu de woningbouw, wat betreft de planologische vergelijking ter bepaling van de schade, kan worden losgezien van de infrastructuur.'

97. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 256.

98. ABRS 4 februari 2000, Gst. 7117, nr. 7, m.nt. JT.

Achtergrond van de strenge lijn in de onderhavige uitspraak is waarschijnlijk dat appellant in appèl een min of meer zelfstandig onderdeel van het bestreden besluit voor het eerst aan de orde stelde. Een dergelijke uitbreiding van het geding is kennelijk niet mogelijk.

Streng stelt de Afdeling zich ook op ten opzichte van nieuwe gronden die fundamenteel afwijken van hetgeen in eerste aanleg is aangevoerd. Ter illustratie kan worden gewezen op een uitspraak van de Afdeling van 4 november 1999,⁹⁹

'Evenmin slaagt het bezwaar dat ten onrechte is geoordeeld dat de minister op goede gronden de subsidie heeft geweigerd, omdat bezien had moeten worden of het project voor gedeeltelijke subsidiëring in aanmerking kwam, reeds omdat appellanten dit eerst in hoger beroep hebben aangevoerd en zij blijkens het proces-verbaal ten overstaan van de rechtbank hebben betoogd dat het plan als één geheel moet worden opgevat.'

In diverse zaken laat de Afdeling een nieuwe grond in appèl buiten beschouwing, omdat er geen rechtvaardigingsgrond bestaat waarom deze grond pas in appèl is aangevoerd. Soms volstaat de Afdeling met deze standaardfrase. Vooral wanneer de nieuwe grond een beroep op het gelijkheidsbeginsel betreft, is de motivering soms iets uitvoeriger en komt men overwegingen tegen als: niet is gebleken dat appellant gedurende de procedure bij de rechtbank niet kon beschikken over de noodzakelijke gegevens voor het enigermate gefundeerd inroepen van dit beginsel. Ter illustratie volgt een aantal uitspraken van de ABRS:

ABRS 12 april 1999.¹⁰⁰ 'Ten aanzien van de stelling van appellant dat in afwijking van het Handboek Toevoeging wel adviestoevoegingen worden verstrekt voor de behandeling van de boedelscheiding, ook indien eerder een echtscheidingstoevoeging is afgegeven, merkt de Afdeling op dat – nog daargelaten dat voor de raad in bijzondere gevallen de mogelijkheid bestaat om af te wijken van het gepubliceerde beleid – het beroep op het gelijkheidsbeginsel voor het eerst in hoger beroep is gedaan. Dit beroep kan uit een oogpunt van goede procesorde slechts in de beoordeling worden betrokken, indien aannemelijk is dat appellant bij de rechtbank niet (tijdig) kon beschikken over de voor het enigermate gefundeerd inroepen van dat beginsel noodzakelijke gegevens. Hiervan is in dit geval in het geheel geen sprake nu de raadsman van appellant toen reeds over deze toevoegingen beschikte. Het is aan appellant zijn stellingen tijdig en gemotiveerd voor te dragen.'

ABRS 13 augustus 1998.¹⁰¹ In een zaak tegen de weigering van een EU-certificaat voor het uitvoeren van een Zwarte Roodstaartkakatoe naar Engeland, overweegt de Afdeling: 'De Afdeling merkt op dat het eerst in hoger beroep gedane beroep op het gelijkheidsbeginsel slechts in de beoordeling kan worden betrokken, indien aannemelijk wordt gemaakt dat appellant gedurende de procedure bij de rechtbank niet

99. ABRS 4 november 1999, AB 1999/479. Zie ook ABRS 20 juni 2000, JB 2000/221, m.nt. CLGFH, alsmede in dezelfde lijn, maar op het punt van de feiten: ABRS 8 februari 2000, AB 2000/219.

100. ABRS 12 april 1999, HOI.97.1344.

101. ABRS 13 augustus 1998, HOI.97.1102.

(tijdig) kon beschikken over de noodzakelijke gegevens voor het enigermate gefundeerd inroepen van dit beginsel. Appellant is er niet in geslaagd dit aannemelijk te maken.'

ABRS 12 april 1998.¹⁰² In een zaak betreffende de afwijzing van een toevoegingsverzoek, overweegt de Afdeling: 'Voorzover appellante in dit verband in hoger beroep heeft beoogd een beroep te doen op het gelijkheidsbeginsel, valt niet in te zien waarom zij dit aspect niet in een eerder stadium van de procedure naar voren had kunnen brengen. De Afdeling zal dit beroep als te laat gedaan dan ook verder buiten beschouwing laten.'

ABRS 9 april 1998.¹⁰³ In een zaak betreffende de weigering om een gedeelte van een weg aan het openbaar verkeer te onttrekken, overlegt appellant twee weken voor de zitting stukken die naar zijn oordeel aantonen dat de woning zich voor een belangrijk gedeelte op de openbare weg bevindt, zodat die niet toegankelijk is geweest voor voertuigen. 'De Afdeling laat deze gegevens buiten beschouwing. Zij acht het in strijd met de goede procesorde dat appellant deze eerst in dit stadium van de procedure naar voren heeft gebracht. Daarbij is in aanmerking genomen dat het niet gaat om gronden die niet reeds in een eerder stadium hadden kunnen worden opgeworpen. Appellant heeft niet eerder in de procedure de ligging van de weg ten opzichte van de woning, zoals die in verschillende producties is aangegeven, aan de orde gesteld of betwist.'

ABRS 20 juni 1996.¹⁰⁴ In deze zaak omtrent de verlening van een vrijstelling voor de bouw van woningen en bedrijfsruimten brachten appellanten pas bij hun aanvullend hoger-beroepschrift – ingediend zeven maanden voor de zitting – naar voren dat het plan gedeeltelijk was gesitueerd op gronden waarvan het eigendom berustte bij bewoners van een achterliggende straat. De Afdeling overwoog: 'Niet is gebleken dat appellanten deze grief niet in een eerder stadium van de procedure naar voren hadden kunnen brengen. Nu appellant sub 1 (het bestuursorgaan – red.) bij het nemen van het bestreden besluit zich niet over deze grief heeft kunnen uitlaten en ook de rechtbank hierover geen oordeel is gevraagd dient hieraan voorbij te worden gegaan.'

In diverse uitspraken stelt de Afdeling zich wat soepeler op ten opzichte van eerst in appèl aangevoerde gronden in die zin dat zij weliswaar vaststelt dat deze (zonder rechtvaardiging) pas in hoger beroep zijn aangevoerd – en dus eigenlijk buiten beschouwing moeten blijven – maar vervolgens toch een meestal marginale toetsing van de grond verricht. In de praktijk leidt dit steeds tot verwerping van de grond.

102. ABRS 12 april 1998, Hoi.97.1280; min of meer vergelijkbaar ABRS 8 juni 1999, Hoi.98.1292.

103. ABRS 9 april 1998, Hoi.97.0922.

104. ABRS 20 juni 1996, RAwb 1996, 120, m.a. Willemsen.

ABRS 27 augustus 1997.¹⁰⁵ In deze zaak betreffende een kapvergunning voerde appellant pas in appèl aan dat in de bezwarenprocedure artikel 7:9 Awb was geschonden. De Afdeling overwoog 'dat uit het oogpunt van de goede procesorde niet aanvaardbaar is te achten dat appellanten eerst in hoger beroep strijd met artikel 7:9 Awb aanvoeren. Niet valt in te zien dat zij deze kwestie redelijkerwijs niet al in beroep bij de rechtbank aan de orde hadden kunnen stellen. (...) Overigens is de Afdeling van oordeel dat de grief van appellanten geen doel treft. Gebleken is dat het dagelijks bestuur het herplantplan in concept onder meer aan advocaat van appellanten heeft toegestuurd en dat op dit plan tot 1 december 1995 kon worden gereageerd. Van de zijde van appellanten is geen reactie ontvangen. Van het in strijd met artikel 7:9 Awb achterwege laten van het horen van appellanten kan dan ook niet worden gesproken.'

ABRS 17 september 1998.¹⁰⁶ In deze zaak was Viscom BV door burgemeester en wethouders van Amsterdam aangeschreven onder aanzegging van bestuursdwang om binnen twee weken de reclame aan de voorzijde van het pand Prinsengracht 707 te Amsterdam te verwijderen. 'Ter zitting in het kader van het hoger beroep van appellanten heeft Viscom de stelling naar voren gebracht dat de handhaving van artikel 8.4 APV in strijd is met artikel 7 Gw, omdat er op het scherm ook ideële reclame wordt vertoond. De Afdeling acht het met de goede procesorde in strijd als dit aspect thans nog in de beoordeling zou worden betrokken. Uit de stukken en het verhandelde ter zitting is overigens niet aannemelijk geworden dat ten tijde van de beslissing op bezwaar op het scherm andere dan handelsreclame werd geprojecteerd. De Afdeling heeft geen aanknopingspunten kunnen vinden dat op dat moment ideële reclame enige rol van betekenis speelde.'

Nog iets soepeler is de opstelling van de Afdeling in de volgende twee zaken. In beide zaken stelt de Afdeling voorop dat de nieuwe grond wegens het pas inbrengen in appèl buiten de beoordeling zou moeten blijven. Zij lijkt echter toch ruimte te zien om deze grond wel in de beoordeling te betrekken, wanneer deze evident juist is.

ABRS 11 maart 1996.¹⁰⁷ In deze bestuursdwangzaak beriep appellant zich pas in appèl op het gelijkheidsbeginsel, waarbij hij voorts een aantal zijns inziens gelijke gevallen noemde, waartegen b en w in kwestie niet hadden opgetreden. B en w hadden daartegen een memorie ingediend. De ABRs overwoog: 'Niet is gebleken dat appellant de door hem aangevoerde gevallen redelijkerwijs niet in een eerder stadium van de door hem tegen het bestuursdwangbesluit aangespannen procedure naar voren had kunnen brengen. De beginselen van een goede procesorde brengen onder die omstandigheden mee dat het alsnog door appellant gedane beroep op het gelijkheidsbeginsel in beginsel slechts zou kunnen slagen indien de door hem in dat verband

105. ABRs 27 augustus 1997, RAwb 1998, 19, m.a. Willemsen/Jansen.

106. ABRs 17 september 1998, AB 1998/431, m.nt. FM.

107. ABRs 11 maart 1996, RAwb 1996, 91, m.nt. Willemsen.

verstrekte gegevens zo overtuigend zijn dat het buiten twijfel staat dat genoemd beginsel is geschonden. Daarvan is geen sprake.'

ABRS 13 juli 1999.¹⁰⁸ In deze zaak betreffende een bouwvergunning deed appellant (een derde) pas in appèl beroep op de Bouwverordening.

'2.5.1. De Afdeling overweegt dienaangaande, dat de door appellanten gestelde strijdigheid met de Bouwverordening (bij memorie van 31 maart 1999; het hoger-beroepschrift is van 9 september 1998, red.) niet evident is. Ook ter zitting is de juistheid van de hierop betrekking hebbende stellingen van appellanten niet kunnen blijken. Daarbij is van belang, dat de overige partijen ter zitting niet naar behoren hebben kunnen reageren. Het belang van een goede procesorde verzet zich ertegen het onderzoek te heropenen teneinde de stellingen nader te onderzoeken. Daarbij is in aanmerking genomen dat appellanten (althans hun rechtsvoorganger) eerder in de procedure – dat wil zeggen in bezwaar, in beroep bij de rechtbank en zelf in het hoger-beroepschrift – uitsluitend strijd met de redelijke eisen van welstand en aspecten van geluidhinder hebben aangevoerd. Niet is in te zien dat zij hun stelling inzake strijd met de Bouwverordening niet reeds bij een van die gelegenheden naar voren hadden kunnen brengen. Een en ander brengt met zich, dat in dit stadium verder aan die stellingen moet worden voorbijgegaan.'

Voor al de tweede uitspraak roept vragen op omdat de Afdeling voor twee ankers gaat liggen. Het tweede anker is dat in het hoger-beroepschrift en daarna in het algemeen geen nieuwe gronden aangevoerd kunnen worden. Het eerste anker is dat de door appellant gestelde strijdigheid met de Bouwverordening (gesteld bij memorie van 31 maart 1999 en door overlegging van een rapport van een adviesbureau ter zitting) niet evident is, de overige partijen ter zitting niet naar behoren hebben kunnen reageren, en dat daarom een goede procesorde zich ertegen verzet het onderzoek te heropenen, teneinde de stellingen nader te onderzoeken. Mede in het licht van de overwegingen in de eerstvermelde uitspraak van 11 maart 1996 zou men hieruit kunnen opmaken, dat indien er wel sprake was geweest van evidente strijd met de Bouwverordening deze grond wel zou zijn meegenomen. De redenering zou dan kunnen zijn dat in het geval een nieuwe grond evident juist is, casu quo de juistheid ervan buiten twijfel staat, deze in appèl kan worden meegenomen zonder dat de goede procesorde wordt geschonden.

Ten slotte is er de soepele Afdeling bestuursrechtspraak die pas in hoger beroep aangevoerde gronden wel in de beoordeling meeneemt. Hierna is een aantal uitspraken opgenomen, waarvan opvallend is dat in geen ervan een duidelijke rechtvaardiging wordt gegeven voor het meenemen van de nieuwe grond. Bij de twee eerstgenoemde uitspraken zou deze overigens gelegen kunnen zijn in het feit dat de nieuwe grond betrekking heeft op kwesties die de Afdeling ook ambtshalve pleegt te toetsen, namelijk de bevoegdheid van het bestuursorgaan en de voorwaarden voor het volgen van de anticipatieprocedure. Zie hierover uitvoerig paragraaf 5.2.2.2.

108. ABRS 13 juli 1999, JB 1999/200, m.nt. FAMS.

ABRS 16 december 1997.¹⁰⁹ Ter beoordeling stond een dwangsomaanschrijving tot verwijdering van landbouwmachines van een bepaald perceel. De Afdeling overweegt: 'Eerst in hoger beroep, derhalve in een laat stadium van de procedure, heeft appellante een beroep gedaan op het overgangsrecht. De rechtbank is hierover geen oordeel gevraagd. Dit beroep, dat de bevoegdheid betreft tot het opleggen van een last onder dwangsom, treft echter geen doel.' Vervolgens wordt dit oordeel nader gemotiveerd.

ABRS 11 november 1996.¹¹⁰ Aan de orde was een anticipatieve vrijstelling ten behoeve van de verlenging van een straat. Pas in hoger beroep voert appellante enkele bezwaren aan van formele aard: het is onvoldoende aannemelijk dat de gemeenteraad conform artikel 19, derde lid, WvO van het vrijstellingsverzoek op de hoogte is gesteld; Gs zouden bij de verlening van de verklaring van geen bezwaar niet op de hoogte zijn gesteld van bezwaren van appellante; er is geen schriftelijk besluit tot verlening van de aanlegvergunning. De Afdeling gaat uitvoerig op deze bezwaren in, maar verwerpt ze allemaal.

ABRS 26 februari 2000.¹¹¹ Aan de orde was een besluit tot verstrekking van informatie op grond van de Wet openbaarheid van bestuur. Pas in hoger beroep stelt appellante dat het besluit in strijd met artikel 7 Wob tot stand is gekomen. De Afdeling: 'Van strijd met artikel 7 van de Wob is, daargelaten dat dit eerst in hoger beroep is aangevoerd, geen sprake.' Vervolgens wordt dit oordeel nader gemotiveerd.

ABRS 24 maart 1998.¹¹² In de zaak stond ter beoordeling de weigering van een vrijstelling ten behoeve van de vestiging van een detailhandel in bouwmaterialen. Pas in hoger beroep doet appellante een geadstrueerd – namelijk: onder verwijzing naar een drietal bedrijven, waarbij b en w nieuwvestiging van niet-agrarische bedrijven in het buitengebied wel zou hebben toegestaan – beroep op het gelijkheidsbeginsel. Zonder nadere motivering neemt de Afdeling dit beroep in haar beoordeling mee. Omdat b en w echter genoegzaam uiteen hebben gezet dat deze gevallen niet met het bedrijf van appellante op één lijn kunnen worden gesteld, wordt het beroep verworpen.

ABRS 28 september 1995.¹¹³ Ter beoordeling stond een bestuursdwanganschríjving tot verwijdering van een parkeerterrein, alsmede tot beëindiging van de uitoefening van een assurantiekantoor. Pas in hoger beroep brengt appellante bezwaren naar voren met betrekking tot de adressering van de aanschríjving tot verwijdering van het parkeerterrein. Volgens haar hadden b en w iemand anders moeten aanschríjven, die als enige in staat en bevoegd moet worden geacht om tot verwijdering over te gaan. 'De Afdeling deelt deze zienswijze van appellante niet.' Vervolgens wordt dit oordeel uitvoerig gemotiveerd.

109. ABRS 16 december 1997, Hoi.97.0635.

110. ABRS 11 november 1996, Hoi.95.0705.

111. ABRS 26 februari 2000, 199902378.

112. ABRS 24 maart 1998, Hoi.97.0463.

113. ABRS 28 september 1995, Hoi.95.0072.

Soms wordt wel een expliciete rechtvaardiging gegeven voor het meenemen van een nieuwe grond in appèl. Een voorbeeld biedt een uitspraak van de ABRs van 1 mei 2000, waarin de Afdeling hiertoe overging omdat de nieuwe grond in het verlengde zou liggen van eerder wel aangevoerde bezwaren.¹¹⁴

In deze zaak had een gemeenteraad – gebruikmakend van een verklaring van geen bezwaar – vrijstelling ex artikel 19 wro verleend ten behoeve van het treffen van infrastructuurle voorzieningen aan een aantal straten. Diverse omwonenden voeren pas in hoger beroep aan dat de verklaring van geen bezwaar is afgegeven in strijd met een van wezenlijk belang zijnde beslissing in het geldende streekplan, zodat hiervan geen gebruik had mogen worden gemaakt. De Afdeling overweegt, dat zij geen aanleiding ziet 'dit bezwaar buiten beschouwing te laten om reden dat dit, zoals door de raad is opgemerkt, eerder in de procedure niet expliciet aan de orde is gesteld. Het bezwaar ligt in het verlengde van hetgeen appellanten eerder omtrent de natuurwaarden van het betrokken gebied naar voren hebben gebracht'. Deze nieuwe grond wordt vervolgens door de Afdeling beoordeeld, hetgeen leidt tot ge-grondverklaring van het hoger beroep.

Bezien we het voorafgaande, dan blijkt het beeld van de ABRs-rechtspraak inzake het toelaten van nieuwe gronden in appèl gevarieerd. Zonder meer streng is de Afdeling indien de nieuwe grond een min of meer zelfstandig onderdeel van het bestreden besluit betreft, alsmede wanneer deze fundamenteel afwijkt van hetgeen in eerste aanleg is aangevoerd. Verder worden nieuwe gronden doorgaans evenmin in de beoordeling betrokken wanneer er geen rechtvaardiging bestaat waarom de grond niet reeds in een eerdere fase van de procedure is aangevoerd. Op deze regel lijkt soms wel een uitzondering mogelijk te zijn, indien de nieuwe grond evident juist is. Wat betreft de motivering van het standpunt dat nieuwe gronden niet worden meegenomen, kan worden opgemerkt dat de Afdeling dit vaak baseert op het beginsel van een goede procesorde, maar dat in andere vergelijkbare zaken dit beginsel niet wordt genoemd. Zie paragraaf 4.6 voor een nadere bespreking van dit beginsel.

Daarnaast ziet men in andere (niet-gepubliceerde) uitspraken een soepele Afdeling, die nieuwe gronden wel meeneemt. Een enkele keer wordt hiervoor een rechtvaardiging gegeven: de nieuwe grond zou in het verlengde liggen van eerder wel aangevoerde bezwaren. Bij diverse uitspraken is niet zonder meer duidelijk waarom de Afdeling juist hierin de desbetreffende gronden wel in de beoordeling betreft. Anders dan in zaken waarin de Afdeling zich 'streng' opstelt ten opzichte van nieuwe gronden, worden deze 'soepele' uitspraken niet nader gemotiveerd.

4.5.3.2 *Nieuwe argumenten*

Regelmatig komt het voor dat een appellant in appèl weliswaar geen (volstrekt) nieuwe grond produceert, maar een reeds in de procedure zijnde grond nader adstrueert met (bewijstechnische) argumenten. Dit kan door het stellen en bewijzen van nieuwe feiten, dan wel door het overleggen van rapporten en/of onder-

114. ABRs 1 mei 2000, Hoi.99.0408.

zoeken. Het is de vraag in hoeverre deze nieuwe argumenten door de rechter worden meegenomen.

Centrale Raad van Beroep

De CRvB stelt maar weinig grenzen aan het pas in appel aanvoeren van nieuwe argumenten.¹¹⁵ Zolang de wederpartij in appel maar voldoende mogelijkheden heeft gehad zich hiertegen te verweren, worden nieuwe argumenten door de Centrale Raad in de beoordeling meegenomen, zelfs wanneer deze in eerste aanleg terecht buiten de beoordeling zijn gelaten, omdat ze in die procedure te laat waren aangevoerd. De CRvB bewaakt in dit verband de 'goede procesorde' per instantie (vgl. par. 4.6.3).¹¹⁶

Illustratief voor de opstelling van de CRvB is de standaarduitspraak van 16 oktober 1998,¹¹⁷ waarin de CRvB uitmaakt, dat de terecht toepassing van artikel 8:58 Awb door de rechtbank geen 'doorwerking in hoger beroep' heeft. De Raad formuleert het als volgt:

'Naar aanleiding van hetgeen dienaangaande van de zijde van gedaagde naar voren is gebracht, merkt de raad op dat een vaststelling door de rechtbank in strijd met een goede procesorde in de hiervoor aangegeven zin geen zodanige doorwerking heeft in de procedure in hoger beroep dat een inhoudelijke behandeling van de door de rechtbank wegens strijd met een goede procesorde buiten beoordeling gelaten grieven, in hoger beroep op voorhand niet meer mogelijk is. Wanneer, zoals in het onderhavige geval, appelland in hoger beroep de door de rechtbank wegens het late tijdstip van kenbaar maken, onbesproken gelaten grieven tijdig aan de raad kenbaar heeft gemaakt en gedaagde in de gelegenheid is geweest gemotiveerd op bedoelde grieven te reageren, staat geen geschreven of ongeschreven rechtsregel eraan in de weg dat alsnog een inhoudelijke beoordeling van die grieven plaatsvindt.'

In dezelfde lijn ligt een uitspraak van de CRvB van 4 oktober 2000.¹¹⁸ In deze zaak had de rechtbank ten onrechte stukken, die binnen de termijn van artikel 8:58 Awb waren ingebracht, in de beoordeling betrokken. De CRvB vernietigde daarom de bestreden uitspraak, maar overwoog vervolgens:

'Er bestaat geen belemmering bedoelde stukken in hoger beroep wel in de beoordeling te betrekken, nu de situatie waarop artikel 8:58, eerste lid, Awb ziet, zich thans ten aanzien van die stukken niet voordoet en de wederpartij voldoende kennis heeft kunnen nemen van die stukken.' Vervolgens werd mede op grond van deze stukken het hoger beroep beoordeeld, hetgeen overigens leidde tot dezelfde uitspraak als de rechtbank.'

115. Zie ook: CRvB 8 oktober 1998, rsv 1999/307.

116. Vgl. bijv. CRvB 21 juni 2000, JB 2000/231, waarin een eerst ter appèlzitting door het bestuursorgaan aangevoerd argument, dat afweek van hetgeen daaromtrent in het bestreden besluit was bepaald, wegens strijd met de goede procesorde niet in de beoordeling werd meegenomen.

117. CRvB 16 oktober 1998, AB 1999/48.

118. CRvB 4 oktober 2000, JB 2000/334.

Overigens zijn er wel zekere grenzen aan het pas in appèl inbrengen van nieuwe argumenten. Met name zullen deze (en het ondersteunend bewijs) betrekking moeten hebben op het geding zoals dat in het verloop van de procedure is afgebakend. In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de CRvB van 23 juni 2000.¹¹⁹

In deze arbeidsongeschiktheidszaak was aan de orde een besluit van het Lisv waarin opnieuw werd voorzien, nadat de rechtbank in een eerdere uitspraak uitsluitend het arbeidskundige deel van het besluit had vernietigd. Tegen deze eerdere uitspraak had appelllant geen appèl ingesteld. Tegen het door het Lisv herziene besluit stelt betrokkene opnieuw beroep in, waarbij hij zich beperkt tot het arbeidskundige aspect van het besluit. Dit wordt verworpen. Pas in appèl wordt de medische kant van het (herziene) besluit betwist, waarbij een verklaring van zijn behandelende cardioloog wordt ingebracht.

Onder deze omstandigheden is de CRvB 'van oordeel dat de rechtbank terecht heeft beslist dat het geding moet worden geacht te zijn beperkt tot het arbeidskundige aspect van de in het bestreden besluit neergelegde arbeidsongeschiktheidsbeoordeling (...) Gelet op het bovenstaande is de Raad van oordeel dat ook in hoger beroep het medisch aspect van de onderhavige schatting niet meer aan de orde kan komen' en dus evenmin de ter zake aangevoerde nieuwe argumenten. Overigens overweegt de CRvB nog wel 'ten overvloede (...) dat hij in de voorhanden zijnde gedingstukken, waaronder de tijdens appelllant ingebrachte verklaring van diens behandelend cardioloog (...) van 27 januari 2000, volstrekt onvoldoende grond ziet voor het oordeel dat appellants medische beperkingen bij het bestreden besluit zouden zijn onderschat.'

Overigens kan men de laatste overweging ook beschouwen als een bevestiging van de 'ruimhartige' benadering van de CRvB. Zelfs als een argument duidelijk buiten de omvang van geding valt, wordt dit in een overweging ten overvloede nog besproken. Of de CRvB hiertoe ook was overgegaan in geval het nieuwe bewijs wel hout had gesneden, kan echter worden betwijfeld.

Afdeling bestuursrechtspraak

De Afdeling is minder coulant dan de CRvB bij het toelaten van nieuwe argumenten (bewijs) in appèl. Een eerste beperking is hiervoor in paragraaf 4.2 reeds besproken. In de rechtspraak van de ABRs komt het voor dat nieuwe argumenten en gegevens niet meer bij de eerste rechter – en uiteraard evenmin in appèl – kunnen worden ingebracht, omdat zij niet reeds in bezwaar (of administratief beroep) naar voren zijn gebracht. Het gaat dan om gegevens die in de bestuurlijke fase tot het bewijsdomein van de burger behoren en die door hem ondanks adequate en tijdige voorlichting door het bestuur niet naar voren zijn gebracht. Een tweede beperking hangt, evenals bij het aanvoeren van nieuwe gronden (par. 4.5.2.1), samen met de principiële keuze van de Afdeling dat de uitspraak van de

119. CRvB 23 juni 2000, JB 2000/233.

eerste rechter object van geding in appèl is (vgl. par. 3.2). Daarom behoeft het pas inbrengen in appèl van ingrijpende nieuwe argumenten en bewijsmiddelen in beginsel een rechtvaardiging waarom dit niet eerder in de procedure is gebeurd. Hierna worden eerst diverse uitspraken van de Afdeling vermeld waarin nieuwe argumenten wel worden toegelaten. Voorzover dit door de Afdeling wordt aangegeven, dan wel anderszins voor de hand ligt, wordt de rechtvaardigingsgrond vermeld.

Soms worden nieuwe argumenten en bewijs in appèl meegenomen, omdat de betrokkene in eerste aanleg onvoldoende mogelijkheden heeft gehad om deze aan te voeren. In de eerste uitspraak die hierna is opgenomen, was de rechtbank wellicht wat lichtvaardig voorbijgegaan aan het aanbod van appellant om zijn wel aangevoerde gronden met getuigenverklaringen te bewijzen. In appèl werd deze mogelijkheid alsnog geboden. In de tweede uitspraak had appellant bepaalde stukken in eerste aanleg niet kunnen inbrengen, omdat hij werd verrast door een voor hem wat 'onverhoedse' kortsluiting door de eerste rechter. In appèl werden deze stukken alsnog toegelaten.

ABRS 10 februari 1998.¹²⁰ In een huursubsidiezaak is met name de vraag aan de orde of appellant samenwoont met zijn zoon en diens gezin. In dit verband heeft appellant in appèl 'gesteld dat de rechtbank te lichtvaardig is voorbijgegaan aan de door hem overgelegde getuigenverklaringen en heeft aangeboden zijn stellingen te bewijzen, in het bijzonder door het horen van getuigen'. De Afdeling: 'Omdat appellant gedurende de gehele periode het bewijs heeft bestreden dat er van samenwoning van de zoon van appellant en diens gezin en appellant sprake was, dienen ook de verklaringen van de eerst in hoger beroep naar voren gebrachte getuigen te worden betrokken bij de beoordeling.'

Vervolgens oordeelt de Afdeling, uitvoerig gemotiveerd, dat de in beroep en hoger beroep overgelegde schriftelijke verklaringen haar niet hebben kunnen overtuigen van de juistheid van het standpunt van appellant en dat dit eveneens geldt ten aanzien van de ter appèlzitting afgelegde getuigenverklaringen. Het hoger beroep wordt verworpen.

ABRS 15 januari 1999.¹²¹ In deze zaak betreffende de verlening van een bouwvergunning voor het vernieuwen van een bedrijfsgebouw, had de President van de rechtbank gebruikmakend van de kortsluitingsbevoegdheid van artikel 8:86 Awb het beroep van appellant ongegrond verklaard. Volgens de Afdeling is er geen reden waarom de president had moeten afzien van toepassing van deze bevoegdheid. 'Dat appellant ter zitting bij de président heeft aangekondigd alsnog een aanvulling op haar beroepschrift te zullen inzenden, leidt niet tot een ander oordeel, reeds omdat de president van dat na het sluiten van het onderzoek ontvangen stuk geen kennis heeft hoeven nemen.' Echter: 'Nu bedoeld stuk in hoger beroep tijdig in het geding is gebracht, zal de Afdeling het overigens wel in haar beoordeling betrekken.' Dit leidt overigens tot een bevestiging van de uitspraak van de president.

120. ABRS 10 februari 1998, Hoi.97.0045.

121. ABRS 15 januari 1999, Hoi.97.1545.

Een voor de hand liggende rechtvaardiging voor het toelaten van nieuwe argumenten en bewijs in appèl, is dat deze pas na de uitspraak van de eerste rechter beschikbaar zijn gekomen. In verband met de ex tunc toetsing door de bestuursrechter moet het daarbij uiteraard wel gaan om nieuw bewijs van 'oude' feiten. De volgende twee uitspraken dienen ter illustratie.

ABRS 18 september 2000.¹²² Deze zaak betreft de weigering van een vrijstelling ex artikel 19 WRO door b en w teneinde een hooiberg om te bouwen tot burgerwoning. Appellant heeft zich beroepen op toezeggingen die hem door de voormalige burgemeester van de desbetreffende gemeente zijn gedaan, dat van de bouwplannen geen probleem zou worden gemaakt. In eerste aanleg heeft de rechtbank bij uitspraak van 24 september 1999 het beroep verworpen. In appèl heeft appellant ter staving van de toezeggingen een brief van 12 mei 2000 overgelegd van de voormalige burgemeester, waarin deze (kort gezegd) bevestigt dat hij genoemde toezeggingen inderdaad heeft gedaan. Zonder nadere motivering wordt deze nieuwe brief over 'oude' feiten door de Afdeling in de beoordeling meegenomen. Overigens leidt dit niet tot gegrondverklaring van het hoger beroep, omdat een burgemeester geen bindende toezeggingen kan doen over de toepassing van een vrijstellingsbevoegdheid door b en w en al helemaal niet over de verlening van de (noodzakelijke) verklaring van geen bezwaar door gedeputeerde staten.

ABRS 29 mei 2000.¹²³ In deze zaak is aan de orde de verlening van een vrijstelling (inclusief verklaring van geen bezwaar) voor de bouw van een appartementencomplex in de buurt van een industrieterrein. Een van de daar gevestigde bedrijven gaat in beroep, omdat de bewoners van het complex geuroverlast zullen ondervinden van de rookpluim van het bedrijf waardoor voor het bedrijf, strengere milieunormen dreigen. De rechtbank wijst het beroep op 21 januari 2000 af.

De Afdeling constateert: 'In hoger beroep heeft appellante een rapport van TNO (30 maart 2000) overgelegd waarin de resultaten van aanvullende verspreidingsberekeningen zijn neergelegd. Bij die berekeningen is ook het 'Nieuw Nationaal Model' gebruikt. Daaruit is de eindconclusie getrokken dat het niet ondenkbaar is dat de geurbelasting ter plaatse van het geplande appartementencomplex tot geurklachten van de toekomstige bewoners zal kunnen leiden.'

Mede op basis van dit rapport komt de Afdeling tot het oordeel dat het aan de vrijstelling ten grondslag liggende planologische kader tekortschiet. Het hoger beroep wordt gegrond verklaard.

Een rechtvaardiging voor de Afdeling om een nieuw bewijsstuk in de beoordeling mee te nemen, kan ook zijn gelegen in het feit dat de wederpartij daarmee heeft ingestemd. Aldus kan althans de volgende uitspraak worden begrepen, waarbij wellicht ook een rol speelde dat het nieuwe bewijsstuk toch niet tot een ander oordeel leidde.

122. ABRS 18 september 2000, 199903017.

123. ABRS 29 mei 2000, 200000798.

ABRS 4 juni 1999.¹²⁴ In deze zaak was aan de orde de terugvordering van een woningverbeteringssubsidie. De Afdeling overweegt dat in beroep bij de rechtbank en in hoger beroep appellant heeft betwist dat hij de voorwaarde, dat de eigenaar het onroerend goed niet onder bijzondere titel in eigendom mag overdragen binnen tien jaar na uitbetaling van de bijdrage-ineens, heeft overtreden. 'Een motivering daarvoor heeft hij echter niet gegeven. Eerst ter zitting bij de Afdeling heeft appellant aangegeven dat op 20 oktober 1993 sprake was van economische eigendomsoverdracht en niet van juridische eigendomsoverdracht. Ten bewijze daarvan heeft hij, met toestemming van de wederpartij, ter zitting de daartoe destijds opgemaakte notariële akte overgelegd.' Veel succes had dit nieuwe bewijsstuk overigens niet, omdat kon worden vastgesteld dat ook de juridische eigendomsoverdracht binnen tien jaar na de uitbetaling had plaatsgevonden.

In paragraaf 4.5.3.1 is gesignaleerd dat, hoewel nu en dan een uitzondering wordt toegestaan, een beroep op het gelijkheidsbeginsel in het algemeen niet voor het eerst in appèl kan worden gedaan. Heeft men bij de rechtbank schending van dit beginsel aangevoerd, dan is het, blijkens de hierna opgenomen uitspraken, wel mogelijk dat deze grond in hoger beroep door nieuwe argumenten en bewijs wordt geadstrueerd. Daarbij geldt wel als grens dat deze nieuwe adstructie niet pas ter zitting wordt geproduceerd, omdat in dat geval de wederpartij zich hiertegen onvoldoende kan verdedigen.

ABRS 3 juli 1998.¹²⁵ Aan de orde is een bestuursdwanganschrjving tot het slopen van de aan een recreatiewoning zonder vergunning uitgevoerde werkzaamheden. De Afdeling overweegt expliciet: 'Appellant heeft in alle instanties beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel. In zijn hoger-beroepschrift heeft appellant gewezen op een woning op het perceel Bredase Baan 14, die eveneens zonder vergunning zou zijn gewijzigd en uitgebreid. B en w hebben evenwel voldoende aannemelijk gemaakt dat dit geval niet vergelijkbaar is, nu daar door de gemeenteraad achteraf alsnog bouwvergunning is verleend.' Dit nieuwe argument ter adstructie van het in eerdere instanties gedane beroep op het gelijkheidsbeginsel (grond) kon derhalve worden meegenomen in de beoordeling.

Dit gold niet ten aanzien van de gevallen die appellant pas ter zitting had genoemd. Dit 'acht de Afdeling in strijd met een goede procesorde. B en w hebben zich immers niet op de weerslegging van deze gevallen kunnen voorbereiden, terwijl niet is gebleken dat appellant deze gevallen niet eerder had kunnen noemen.'

ABRS 9 mei 2000.¹²⁶ In deze zaak was een dwangsom opgelegd wegens het zonder vergunning bouwen van een dakkapel. De rechtbank had het beroep van appellant op het gelijkheidsbeginsel afgewezen. In appèl voert appellant opnieuw aan dat het bestuursorgaan tegen vergelijkbare dakkapellen niet heeft opgetreden. De Afdeling overweegt: 'De door hem eveneens in beroep aangevoerde strijd met het gelijk-

124. ABRs 4 juni 1999, HOI.98.1546.

125. ABRs 3 juli 1998, HOI.97.0327; zie voor een vergelijkbaar geval: ABRs 8 mei 1998, HOI.97.0250.

126. ABRs 9 mei 2000, JB 2000/179; RAwb 2000, nr. 115, m.a. M.C.D. Embregts.

heidsbeginsel, heeft hij in hoger beroep nader geadstrueerd met fotomateriaal van andere dakkapellen in omliggende woonbuurten. Daarop is in een aantal gevallen een dakkapel zichtbaar die zich uitstrekt over de gehele breedte van het dakvlak van de desbetreffende woning. Burgemeester en wethouders hebben niet aanmerkelijk gemaakt dat door appellante aangevoerde gevallen rechte niet met de in geschil zijnde situatie zijn te vergelijken. Zo is niet aanmerkelijk gemaakt dat de dakkapellen in delen van Purmerend zijn gelegen, waarop een ander beleid met betrekking tot welstand geldt. Evenmin hebben b en w in voldoende mate kunnen aantonen dat deze dakkapellen (...) als minder welstandsgevoelig in de zin van het beleid moeten worden aangemerkt.' Volgt alsnog vernietiging van het bestreden besluit.

In diverse uitspraken van de Afdeling worden nieuwe argumenten en bewijsstukken in appèl niet toegelaten. In algemene zin kan worden geconstateerd dat in deze zaken (kennelijk) geen rechtvaardiging aanwezig werd geacht waarom deze stukken niet reeds in een eerdere fase van de procedure waren ingebracht. In een aantal uitspraken lijkt de achtergrond van de 'strengere' houding van de Afdeling bovendien te zijn het in hoge mate onzorgvuldig procederen door de desbetreffende appellante.

Een eerste voorbeeld van laatstgenoemde categorie is reeds in paragraaf 3.2 vermeld en betrof de uitspraak van de ABR van 3 april 2000, waarin zij zich principieel uitsprak voor de uitspraak in eerste aanleg als object van geding in appèl.¹²⁷

Voorzover relevant stond in appèl ter beoordeling de ongegrondverklaring door de rechtbank Roermond van het beroep van een bedrijf tegen de zijns inziens te lage vergoeding van deskundigenkosten en de kosten van rechtsbijstand in een nadeelcompensatieprocedure. Het oordeel van de rechtbank was gebaseerd op het feit dat het bedrijf zijn schadeclaims onvoldoende had onderbouwd met bewijsstukken (declaraties, specificaties). Daarbij was bovendien van belang dat de gebrekkige onderbouwing van het schadeverzoek reeds aan de orde was gesteld in de bestuurlijke fase en dat appellante in de procedure bij de rechtbank zijn in het beroepschrift gedane toezegging om nadere bewijsstukken in te brengen, niet was nagekomen. In appèl werden de desbetreffende stukken alsnog overgelegd.

De Afdeling stelde 'voorop dat in hoger beroep vooreerst de uitspraak van de rechtbank ter toets staat', stelde vervolgens vast dat de door het bedrijf geclaimde bedragen in de procedure bij de rechtbank niet waren onderbouwd en concludeerde: 'Aangezien de rechtbank op dit punt tot een juist oordeel is gekomen, kunnen de in hoger beroep overlegde specificaties, daargelaten in hoeverre deze zien op kosten die in het kader van de schadevaststelling zijn gemaakt, niet leiden tot toekenning van een hogere vergoeding.'

Een tweede voorbeeld uit de categorie onzorgvuldig procederen biedt een uitspraak van de ABR van 1 juni 1999.¹²⁸ In deze zaak had de Raad van de Rechtsbijstand na een eerdere (formele) vernietiging van een weigering van een

127. ABR 3 april 2000, AB 2000/222, m.nt. MSV.

128. ABR 1 juni 1999, AB 1999/326, m.nt. MSV.

toevoeging als bedoeld in de Wet op de Rechtsbijstand, deze toevoeging opnieuw geweigerd. Het tegen deze nieuwe weigering bij de rechtbank ingestelde beroep wordt verworpen, waarna hoger beroep bij de Afdeling wordt ingesteld. De ABRS meent dat de rechtbank op goede gronden heeft overwogen dat het vermogen van appelland op de peildatum meer bedroeg dan het in de wet genoemde normbedrag van f 14.000. Vervolgens overweegt de Afdeling:

'2.3. Hetgeen appelland heeft aangevoerd in hoger beroep ter onderbouwing van het bestaan van de schuld van f 40.000 leidt niet tot een andersluidend oordeel gelet op de eerder door appelland dienaangaande afgelegde verklaringen. Dat aan deze verklaringen geen doorslaggevende betekenis zou mogen worden toegekend, omdat appelland de Nederlandse taal niet voldoende zou beheersen, is niet komen vast te staan. Eerder in de procedure heeft appelland zich immers niet op een gebrekkige taalbeheersing beroepen, terwijl dit de Afdeling ook niet aannemelijk voorkomt, nu appelland een studie tandheelkunde aan een Nederlandse universiteit heeft gevolgd.

2.4. Ten aanzien van de in hoger beroep overgelegde schuldbekentenis van 1 september 1994 wordt overwogen dat de Afdeling deze uit een oogpunt van goede procesorde in dit geschil buiten beschouwing dient te laten, reeds omdat appelland deze schuldbekentenis niet eerder heeft ingebracht en de rechtbank deze derhalve niet in haar overwegingen heeft kunnen betrekken.

2.5. Hetzelfde geldt met betrekking tot de studieschuld aan de Beurzencommissie van de Vrije Universiteit, waarvan appelland eerst in hoger beroep melding heeft gemaakt door middel van het overleggen van een brief van het bureau van de studentendecaan van de Vrije Universiteit van 30 juli 1996. Ook van deze brief heeft de rechtbank geen kennis kunnen nemen.

2.6. Aangezien appelland zich eerst ter zitting bij de Afdeling heeft beroepen op overmacht om genoemde bewijsstukken eerder in het geding te brengen, moet de Afdeling hieraan om dezelfde reden als voor de schulden als zodanig is overwogen, voorbij gaan.'

Hoewel dit uit de overwegingen niet duidelijk blijkt, heeft bij dit oordeel waarschijnlijk een rol gespeeld dat de betrokkene pas in vijfde instantie de betreffende bewijsmiddelen heeft overgelegd. Eerdere mogelijkheden – tijdens de primaire besluitvorming, in het administratief beroep, in de procedure bij de rechtbank, bij het opnieuw voorzien door de Raad voor de Rechtsbijstand, in de tweede procedure bij de rechtbank – liet hij ongebruikt voorbij gaan. In die omstandigheden kan men zich voorstellen dat de Afdeling deze stukken in appèl niet meer toeliet.

Een reden om nieuwe argumenten en bewijs in appèl niet toe te staan, kan verder zijn gelegen in feit dat deze pas ter zitting zijn aangevoerd. Dit bleek reeds uit de hiervoor vermelde uitspraak van de Afdeling van 3 juli 1998,¹²⁹ waarin zij niet toestond dat pas ter zitting het beroep op het gelijkheidsbeginsel werd geadresteerd met nieuwe gevallen. Dit blijkt eveneens uit de hierna opgenomen uitspraak.

129. ABRS 3 juli 1998, Hoi.97.0327; zie voor een vergelijkbaar geval: ABRS 8 mei 1998, Hoi.97.0250.

ABRS 23 januari 1997.¹³⁰ In deze zaak betreffende de weigering om een Ethiopisch rijbewijs om te wisselen in een Nederlands rijbewijs, overlegt appellant ter zitting nog een schriftelijke verklaring van de Ethiopische autoriteiten, daterend van voor de uitspraak in eerste aanleg. De Afdeling: 'Uit het oogpunt van goede procesorde dient de Afdeling de desbetreffende verklaring echter in dit geschil buiten beschouwing te laten, reeds omdat appellant deze verklaring niet eerder heeft ingebracht en de rechtbank deze derhalve niet in haar overwegingen kon betrekken.'

Ten slotte kunnen nog twee uitspraken worden genoemd, waarin kennelijk evenmin een rechtvaardigingsgrond aanwezig was om de nieuwe argumenten en bewijsmiddelen in appèl nog toe te laten. Waarom deze rechtvaardiging ontbrak is uit de uitspraak niet zonder meer op te maken. Bij de als tweede opgenomen uitspraak blijft bovendien in het midden of ook het in het hoger-beroep schrift gedane aanbod om nader bewijs in te brengen, al tardief was.

ABRS 16 januari 1997.¹³¹ 'Voor zover appellant in hoger beroep heeft gewezen op een in mei 1995 gepubliceerd onderzoek dat volgens appellant steun biedt voor zijn stelling dat het gewenste kavelpad een positief rendement oplevert, merkt de Afdeling op dat aan dit onderzoek – wat daar verder van zij – hier voorbij moet worden gegaan nu appellant dit onderzoek op geen enkele wijze bij de rechtbank naar voren heeft gebracht. Het zou in strijd zijn met de beginselen van een goede procesorde dit onderzoek thans in de beoordeling te betrekken.'

ABRS 23 juni 2000.¹³² In het kader van een dwangsomoplegging ter beëindiging van de permanente bewoning van een zomerhuisje stond vooral ter discussie of betrokkene had voldaan aan het legaliseringsvereiste van feitelijke permanente bewoning van minimaal vijf jaar. Volgens de officiële inschrijving in de gemeentelijke basisadministratie was hieraan niet voldaan. De Afdeling vervolgt: 'Het door appellant in zijn hoger-beroep schrift en ter zitting gedane verzoek om zijn beroep op dit punt nader te mogen preciseren en aanvullen op grondslag van alsnog in het geding te brengen bewijsmiddelen, moet als tardief van de hand worden gewezen. Appellant is ruimschoots in de gelegenheid geweest – zo hij daartoe aanleiding vond – tijdig aanvullend bewijs bij te brengen van zijn stellingen en deze naar behoren te formuleren.'

Vanwege het uitgangspunt dat in appèl de uitspraak van de eerste rechter object van geding is, is bij de ABRS het aanvoeren van meer ingrijpende nieuwe argumenten en bewijsmiddelen niet zonder meer mogelijk, maar is een rechtvaardiging nodig waarom deze niet in een eerdere fase van de procedure zijn aangevoerd. Mogelijke rechtvaardigingsgronden zijn: in eerste aanleg waren de nieuwe argumenten of stukken nog niet beschikbaar; in eerste aanleg heeft betrokkene onvoldoende mogelijkheden gehad om de nieuwe argumenten in te brengen;

130. ABRS 23 januari 1997, RAWb 1997, 67, m.a. Widdershoven.

131. ABRS 16 januari 1997, RAWb 1997, 113, m.a. BdeW.

132. ABRS 23 juni 2000, 199902039 en 199902041.

instemming door de wederpartij. Daarnaast kan in algemene zin worden opgemerkt dat een in eerste aanleg gedaan beroep op het gelijkheidsbeginsel in appèl nader kan worden geadstrueerd, zij het niet pas ter zitting.

Ontbreekt een rechtvaardigingsgrond voor het pas in appèl aanvoeren van nieuwe argumenten of bewijs, dan worden deze buiten de beoordeling gelaten. In een aantal zaken valt dit 'strengere' standpunt bovendien te verklaren door het nogal onzorgvuldig procederen door de betrokken appellants.

4.5.3.3 *Nieuwe vorderingen*

De laatste vraag die in deze paragraaf kort bespreking verdient, is of in hoger beroep een nieuwe vordering kan worden gedaan. Zoals in paragraaf 1.4.1 reeds is aangegeven, kan dit van oorsprong civiel begrip, dat in de Awb niet voorkomt, worden vertaald naar de context van het bestuursproces.¹³³ In het algemeen zal de vordering de gehele of gedeeltelijke vernietiging van het omstreden besluit betreffen (art. 8:72, eerste lid Awb) waarbij tevens bijkomende 'vorderingen' aan de orde kunnen zijn zoals een verzoek om zelf in de zaak te voorzien (art. 8:72, vierde lid Awb) of een verzoek om schadevergoeding (art. 8:73, eerste lid Awb). Vanuit dit perspectief bezien is het bijgevolg denkbaar dat de 'vordering' tot vernietiging zich in eerste aanleg toespitst op een specifiek (en splitsbaar) onderdeel van een besluit, zoals een vergunningvoorschrift of een voorwaarde bij een uitkeringsbeschikking waarin een ingangsdatum wordt vermeld. Indien de vernietigingsactie zich in eerste aanleg (met succes) heeft toegespitst op een bepaald besluitonderdeel – en het besluit voor het overige is aanvaard – ligt het niet voor de hand dat in appèl vervolgens vernietiging van het gehele besluit wordt verlangd.¹³⁴

Een belangrijk probleem houdt verband met de vraag of in hoger beroep voor het eerst om schadevergoeding kan worden gevraagd als de onrechtmatigheid van het besluit al door de rechtbank is vastgesteld. Ook in dit geval kan gesproken worden van een nieuwe vordering. De Afdeling bestuursrechtspraak beantwoordt die vraag ontkennend. Zij overwoog bijvoorbeeld in een uitspraak van 19 maart 1999:¹³⁵

'3.8. De Afdeling ziet geen grond voor toepassing van art. 8:73 Awb, reeds omdat, zoals uit bovenstaande overwegingen blijkt, de onjuistheid van het besluit van de staatssecretaris van 1 maart 1996, voor zover die in hoger beroep is komen vast te staan, reeds is vastgesteld door de rechtbank, terwijl appellanten de rechtbank niet hebben verzocht een uitspraak te doen omtrent schadevergoeding. Naar het oordeel van de Afdeling strookt het niet met een goede procesorde dat eerst in hoger beroep te verzoeken.'

De Centrale Raad van Beroep aanvaardt daarentegen wel dat in hoger beroep voor het eerst om schadevergoeding wordt gevraagd op de voet van artikel 8:73 Awb.

133. Zie ook Schlössels 2000, p. 10; Kooper 2000, p. 172-173.

134. Zie de in de vorige par. vermelde uitspraak van de CRvB 23 juni 2000, JB 2000/233.

135. ABRS 19 maart 1999, AB 1999, 205, m.nt. MSV; JB 1999/133, m.nt. RJNS; RAWb 1999, nr. 165, m.a. B. Schueler.

Overigens dient deze situatie goed te worden onderscheiden van gevallen waarin schadevergoeding wordt gevraagd aan het bestuursorgaan in de vorm van een zelfstandig schadebesluit. De aanvraag (het verzoek) inzake schadevergoeding vormt dan de grondslag voor het te nemen besluit, en het besluit markeert op zijn beurt de (mogelijke) omvang van het (appèl)geding. Dit ondervond een verweerder in appèl (geïntimeerde) die een zelfstandig schadebesluit had gevraagd op grond van het feit dat de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen jegens hem als ambtenaar onrechtmatig zou hebben gehandeld door onjuiste informatie te verstrekken over een wachtgeldregeling.¹³⁶ Er werd verzocht om een schadevergoeding van f 15.000,-. Toen het verwerende bestuursorgaan uiteindelijk hoger beroep instelde kwam geïntimeerde bij verweerschrift met het verzoek om f 47.195,- aan schadevergoeding. Dit acht de Centrale Raad niet aanvaardbaar:

'De Raad overweegt allereerst dat de bij het verweerschrift in hoger beroep door gedaagde gevorderde schade tot een bedrag van fl 47.195,- de grenzen van dit geding te buiten gaat. Het bestreden besluit betreft de handhaving van de weigering om naar aanleiding van gedaagdes verzoek van 17 december 1995 een tegemoetkoming in de schade ad fl 15.000,- te verstrekken, zodat het geschil zich thans daartoe beperkt.'

Deze uitspraak toont óók aan dat de Centrale Raad van Beroep geen uitbreiding van het appèlgeding bij wijze van (materieel) 'incidenteel appèl' toestaat, buiten de (mogelijke) grenzen van het geding in eerste aanleg (zie voorts par. 4.4.3).

4.5.4 Interviews

Over het inbrengen van (geheel) nieuwe gronden in hoger beroep zijn de meeste respondenten in het algemeen weinig positief. Soms zal de rechter met behulp van een creatieve interpretatie deze kunnen inpassen binnen een eerder aangevoerde grond. Lukt dat niet, dan is een aantal respondenten van mening dat de grond niet in hoger beroep kan worden toegelaten. Andere respondenten achten het toelaten van een nieuwe grond minder bezwaarlijk, zolang een en ander maar niet in strijd is met de goede procesorde (zie par. 4.6). Op dit punt zien de meeste respondenten verschillen tussen de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep. De meeste geïnterviewden zijn in ieder geval tegen het toelaten van nieuwe gronden in hoger beroep, indien deze reeds in redelijkheid hadden kunnen worden ingebracht bij de rechter in eerste aanleg.

Overigens komt het volgens bepaalde respondenten in de praktijk niet zo vaak voor dat in hoger beroep nog geheel nieuwe gronden worden aangevoerd tegen een bestreden besluit. Als dit wel gebeurt (zoals bijvoorbeeld bij een beroep op schending van het gelijkheidsbeginsel), biedt de goede procesorde vaak uitkomst. De nieuwe grond wordt dan in hoger beroep toegelaten als de problematiek redelijk gemakkelijk behandelbaar is en de wederpartij hiertegen geen bezwaar

¹³⁶. CRvB 25 januari 2001, JB 2001/77, m.nt. RJNS.

maakt. In dit verband wordt nog aangegeven dat het verschil uitmaakt of een nieuwe grond in het hoger-beroepschrift wordt aangevoerd of eerst ter zitting. Het aanvoeren van nieuwe gronden tot tien dagen voor de zitting wordt in principe nog toelaatbaar geacht, op voorwaarde dat de goede procesorde is gewaarborgd.

In het algemeen hebben de respondenten – ervan uitgaande dat er een adequaat onderscheid tussen gronden en argumenten kan worden gemaakt – geen grote problemen met het in hoger beroep aanvoeren van nieuwe argumenten ter onderbouwing van eerder aangevoerde gronden. Het gaat hier niet om het uitbouwen van een stelling met nieuwe argumenten (in een *ex tunc* perspectief). Diverse respondenten achten het toelaatbaar dat zelfs ter zitting in hoger beroep nog nieuwe bewijstechnische argumenten worden geproduceerd om gronden, die reeds in eerste aanleg zijn geformuleerd, te onderbouwen. Deze respondenten lijken dan ook niet te pleiten voor een bewijstechnische fuik. De enige harde grens die geldt bij het aanvoeren van nieuwe argumenten, is de goede procesorde. Geheel nieuwe argumenten, welke bijvoorbeeld geen enkel verband houden met eerder in de procedure ingebrachte argumenten of gronden, kunnen volgens verschillende respondenten niet voor de eerste keer in hoger beroep aan de orde worden gesteld. Een en ander betekent dat argumenten in alle andere gevallen in een laat stadium mogen worden aangevoerd onder de voorwaarde dat de wederpartij hierop kan reageren (*hoor en wederhoor*). Nieuwe stukken moeten in elk geval 10 dagen voor de zitting worden ingediend (art. 8:58 Awb). Als de wederpartij onvoldoende tijd voor de verdediging heeft, moet de zitting – volgens diverse respondenten – worden verdaagd.

Diverse respondenten zijn overigens tegen het toelaten van nieuwe argumenten in hoger beroep, indien vaststaat dat deze hadden kunnen worden ingebracht bij de rechter in eerste aanleg. Eén respondent legt er wel de nadruk op dat met name nieuwe deskundigenrapporten in hoger beroep moeten kunnen worden ingebracht, mits hoor en wederhoor is gegarandeerd. Het leidt tot onvrede wanneer dit niet wordt toegestaan omdat het bestuursorgaan hier niet meer over kan oordelen, terwijl het verslag van de deskundige duidelijk in het voordeel van de burger is.

Een groep respondenten benadrukt ten slotte dat de *ex tunc*-toetsing in het bestuursproces de echte drempel vormt voor het inbrengen van 'nieuwe' argumenten. Als er al nieuwe argumenten in een latere fase van de procedure worden toegelaten, dan mogen deze argumenten in beginsel niet zien op feiten die zich eerst hebben voorgedaan nadat het bestreden besluit werd genomen. Deze respondenten wijzen erop dat in het Vreemdelingenrecht in eerste aanleg wordt geëxperimenteerd met *ex nunc*-toetsing. Deze benadering zal volgens hen aanleiding geven tot aanzienlijke problemen.

Haaks op de hiervoor geschetste benadering lijkt overigens de opvatting te staan dat de omvang van het geding (ook) in hoger beroep in beginsel alleen wordt beperkt door de vordering. Hiermee bedoelen sommige respondenten dat het bestreden besluit de harde buitengrens van het geschil in hoger beroep markeert.

Deze respondenten – een duidelijke minderheid – realiseren zich overigens dat in deze benadering het hoger beroep een herhaling impliceert van het geding in eerste aanleg. Beperking van een geschil is in de praktijk van het hoger beroep vaak lastig omdat partijen niet duidelijk aangeven tot welke punten zij het geschil willen beperken.

Van belang is ten slotte dat de meeste respondenten een verschil signaleren in de benadering tussen de Centrale Raad van Beroep en de Afdeling bestuursrecht-spraak. Deze laatstgenoemde instantie neigt volgens hen het meest naar het 'trechtermodel'.

4-5-5 Dossieronderzoek

De dossiers zijn onderzocht op de toelaatbaarheid van 'nova' in hoger beroep. Mogen partijen met andere woorden nog nieuwe beroepsgronden, casu quo argumenten aanvoeren in appèl, dat wil zeggen beroepsgronden die niet reeds in eerste aanleg zijn aangebracht?

4-5-5.1 Nieuwe gronden

Centrale Raad van Beroep

De Centrale Raad van Beroep maakt daarvan, binnen de populatie van onderzochte uitspraken, geen probleem. Hieronder worden twee zaken weergegeven, waarin de omvang van het geding in eerst aanleg wordt uitgebreid, door het aanvoeren en inhoudelijk beoordelen van een extra hoger-beroepsgrond.

CRvB 24 mei 2000, Awb 98/8944 ww R01293. Weigering ww-uitkering. Per 21-08-1996 is passende arbeid aangeboden, maar volgens afspraak pas per 26-08-1996 aanvaard. Vervolgens is wegens privé-omstandigheden en verhuizing vanaf 25-08-1996 arbeid geweigerd.

De rechtbank stelt vast dat beide gronden niet konden leiden tot weigering uitkering. De Centrale Raad van Beroep elaboreert de geschilpunten: a. Het maken van een afspraak doet niet af aan de verplichting om per 21-08-1996 de passende arbeid te aanvaarden. b. Privé-omstandigheden na 25-08-1996 doen niet af aan het feit dat in beginsel passende arbeid is aangeboden. c. Voor deze gevallen bestaat de afbouw-mogelijkheid van artikel 27, tweede lid ww niet.

In hoger beroep wordt bovendien een nieuwe (formele) grond aangevoerd, die in de toetsing wordt betrokken: ten onrechte is niet gehoord door bestuursorgaan, alvorens te weigeren. De Centrale Raad overweegt dat de gedaagde, door verhuizing, tot tweemaal niet is ingegaan op een oproep inzake horen in haar risicosfeer ligt.

CRvB 14 oktober 1999, ALGEM 97/10631. Premiegeschil. Ex-directeur als freelancer in dienst bij bv. Loondienst en dus premieplichtig?

De rechtbank overweegt dat er een verplichting bestaat tot persoonlijke dienstverlening, een verplichting tot loonbetaling en een gezagsverhouding: volgens vaste jurisprudentie is er derhalve sprake van loondienst.

De Centrale raad van Beroep volgt de rechtbank hierin. In hoger beroep wordt als extra grond opgevoerd: andere freelancers bij de bv zijn door de bedrijfsvereniging niet als in loondienst aangemerkt. De Centrale Raad, die inhoudelijk op deze grond ingaat, overweegt dat dit gegeven niet afdoet aan het karakter van loondienst van de werkzaamheden van appellant.

Ten aanzien van de eerstvermelde uitspraak kan nog worden opgemerkt dat deze afwijkt van de strengere lijn die de CRvB hanteerde in zijn – in paragraaf 4.5.2.1 genoemde – uitspraak van 9 juli 1998,¹³⁷ waarin de eerst in appèl ingebrachte grond dat betrokkene ten onrechte niet zou zijn gehoord, als tardief buiten de beoordeling werd gelaten.

Afdeling bestuursrechtspraak

Opmerkelijk is dat in het dossieronderzoek vooral veel uitspraken van de ABRs zijn aangetroffen waarin nieuwe gronden in appèl wel worden toegelaten. Het dossieronderzoek bevestigt daarmee het beeld dat met name naar voren kwam in de in paragraaf 4.5.3.1 opgenomen ongepubliceerde rechtspraak, dat de Afdeling vaker dan uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt, nieuwe gronden in appèl wel meeneemt. Soms bestaat daarvoor een duidelijke rechtvaardigingsgrond.

ABRS 15 mei 1998, Ho1.98.0302/P90 en Ko1.98.0125. Bouwvergunning verleend ten behoeve van een benzinstation.

Een derde tekent bezwaar aan, en gaat in beroep bij de rechtbank en in hoger beroep bij de Afdeling bestuursrechtspraak. Hierbij wordt aangevoerd dat artikel 6 van de bestemmingsplanvoorschriften verbindende kracht mist, gelet op artikel 15 WRO. De rechtbank komt tot het oordeel dat er geen sprake is van onverbindendheid. De Afdeling bestuursrechtspraak volgt de rechtbank hierin.

In hoger beroep wordt ook een nieuwe beroepsgrond ingebracht: 'Cliënt is inmiddels gebleken dat de te bebouwen gronden verontreinigd zijn en gesaneerd zullen moeten worden.' In bezwaar en in beroep bij de rechtbank was deze verontreiniging niet naar voren gebracht. Dat kwam omdat pas recent – blijkbaar na de uitspraak rechtbank – in opdracht van de vergunninghouder onderzoek naar de verontreiniging was gedaan. De Afdeling bestuursrechtspraak accepteert zonder morren deze nieuwe beroepsgrond, maar wijst hem overigens wel af: aan de bouwvergunning zijn saneringsvoorschriften verbonden, zodat er geen strijd is met artikel 44, onder b Woningwet.

Het ligt voor de hand dat de Afdeling bestuursrechtspraak in casu een nieuwe beroepsgrond accepteert, aangezien de verontreiniging pas ten tijde van het hoger beroep bekend was geworden. De rechter toetst hier overigens niet *ex nunc*, door gegevens omtrent verontreiniging te beoordelen die pas na het primaire besluit bekend werden, en wel omdat burgemeester en wethouders reeds ten tijde van het primaire besluit het aspect van de verontreiniging hadden

137. CRvB 9 juli 1998, TAR 1998/167.

moeten meewegen en dat – blijkens de saneringsvoorschriften – ook hadden gedaan.

In de volgende uitspraak was de rechtvaardiging om een nieuwe grond in appèl te behandelen gelegen in het feit dat de rechtbank daarop ten onrechte niet was ingegaan.

ABRS 18 januari 2000, 199900725. Huursubsidie. Inwonende dochter. Met toepassing hardheidsclausule van artikel 26, lid 1, sub a Huursubsidiewet (Hsw) als inwonster buiten beschouwing gelaten.

In bezwaar en beroep wordt bij de rechtbank aangevoerd dat alleen haar inkomen buiten beschouwing had moeten worden gelaten, maar zijzelf diende als bewoonster te worden meegeteld (dit scheelde namelijk één persoon in de huursubsidietafel). De rechtbank overweegt dat volgens artikel 26, lid 1, sub a Hsw slechts medebewoners buiten beschouwing kunnen worden gelaten en niet alleen hun inkomen. De Afdeling volgt de rechtbank hierin.

In beroep bij de rechtbank was voorts aangevoerd dat de Staatssecretaris ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan artikel 26, lid 1, sub b Hsw (een andere hardheidsclausule). Op deze grond was de rechtbank niet ingegaan.

De Afdeling doet dat wel: 'Voorzover appellante betoogt dat de rechtbank heeft miskend dat de Staatssecretaris ten onrechte geen toepassing heeft gegeven aan artikel 26, lid 1 sub b Hsw, overweegt de Afdeling dat dit betoog miskent dat die bepaling niet ziet op verzorgingssituaties, als waar het hier om gaat, zodat het faalt.'

In andere zaken wordt een nieuwe grond meegenomen zonder dat daarvoor uit de uitspraak zelf of uit het dossier een duidelijke rechtvaardigingsgrond kan worden gedestilleerd.

ABRS 22 februari 1996, Ho1.95.0293. Aanschrijving bestuursdwang wegens zonder bouwvergunning plaatsen van een serre.

Bij de rechtbank en Afdeling bestuursrechtspraak worden twee identieke grieven naar voren gebracht: serre blijft binnen de bestemmingsplan-categorie voor de woninginhoud en de serre is een meldingsplichtig bouwwerk ex artikel 42, lid 1 Woningwet, zodat überhaupt geen bouwvergunning nodig was. Rechtbank en Afdeling wijzen beide grieven (in vrijwel gelijke bewoordingen) af. Beide colleges overwegen tevens dat bestuursdwang niet onredelijk is.

In hoger beroep wordt een nieuwe grief opgebracht: Burgemeester en wethouders zouden tegen een illegale uitbreiding van een zomerwoning elders niet hebben opgetreden. De Afdeling overweegt: 'Het betreft hier een bouwplan dat in overeenstemming is met het toekomstig planologisch regime voor dit gebied. Bovendien valt de locatie waarop de zomerwoning is gelegen binnen een ander bestemmingsplan. Van een situatie die op één lijn met die van appellant is te stellen, is derhalve geen sprake. Dat tegen andere illegale bouwwerken niet stringent wordt opgetreden, heeft appellant niet aannemelijk weten te maken.'

Het in hoger beroep nieuw opgevoerde beroep op het gelijkheidsbeginsel wordt dus afgewezen, maar wel inhoudelijk behandeld.

ABRS 14 september 1998, H01.97.0864. Aanschrijving tot sloop van bedrijfsgebouwen. De Rechtbank stelt vast dat aanschrijving niet kan geschieden op basis van artikel 23 Woningwet, aangezien dit artikel alleen op woningen ziet. Ook anderszins – bijvoorbeeld in de bouwverordening – is er geen grond voor aanschrijving.

Hoger beroep van de gemeente tegen deze interpretatie van artikel 23 Woningwet. De Afdeling volgt echter de rechtbank. De gemeente voert in appèl een nieuwe grond aan inhoudende dat in ieder geval op grond van artikel 125 Gemeentewet kon worden aangeschreven. De Afdeling behandelt deze extra grond, maar wijst deze af. Artikel 125 Gemeentewet is in casu niet toepasbaar, omdat artikel 23 Woningwet een gesloten systeem hanteert.

Niet afgewezen wordt een nieuwe grond in hoger beroep, indien deze niet is gericht tegen het oorspronkelijk bestreden besluit, maar tegen een beslissing of een procesfeit, zoals neergelegd in de uitspraak van de rechtbank. Gronden daartegen heeft men uiteraard niet tijdens de procedure voor de rechtbank kunnen ontwikkelen, aangezien men daarmee pas wordt geconfronteerd in de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Dan is het logisch, dat men daartegen 'nieuwe' beroepsgronden bij de appèlrechter kan inbrengen.

4.5.5.2 *Nieuwe argumenten*

In de onderzoekspopulatie werden enkele uitspraken aangetroffen waarin in appèl nieuwe argumenten werden aanvaard. Hierna worden uitspraken uit respectievelijk de CRvB- en de ABRS-praktijk vermeld.

CRvB 17 september 1996, Awb 96/84 ABW Roo493. Bijstandszaak. Belastingsschulden. De rechtbank stelt vast dat op het moment van de aanvang van de uitkering geen sprake was van opeisbare belastingsschulden. Pas in appèl wordt een kopie van de desbetreffende belastingaanslag ingebracht. De Centrale Raad van Beroep vernietigt de uitspraak van de rechtbank en draagt bestuursorgaan – over het hoofd van de rechtbank heen ('doende wat de rechtbank had behoren te doen') – op een nieuw besluit te nemen, met inachtneming van deze aanslag.

ABRS 18 mei 2000, 199901351. Weigering ontheffing draagplicht autogordel. De rechtbank overweegt dat het standpunt van verweerder op grondslag van het advies van de eigen medisch adviseur niet onredelijk is dan wel anderszins onaanvaardbaar.

De Afdeling overweegt dat appellante middels een doktersverklaring aannemelijk heeft gemaakt dat het dragen van een autogordel voor haar onmogelijk is. Het afwijzende advies van de medisch adviseur van de Minister behelst slechts dat er geen relatie is tussen haar klacht en het verergeren daarvan door de autogordel. Daarmee is de gestelde onmogelijkheid van appellante om een autogordel te dragen niet weerlegd. De rechtbank heeft miskend dat het primair besluit onvoldoende zorgvuldig is voorbereid en gemotiveerd.

Hoewel de Afdeling er anders over denkt dan de rechtbank, beperkt het geschil in beide instanties zich tot één punt. Opmerkelijk is wel dat de Afdeling een dokters-

verklaring accepteert, die kennelijk pas in hoger beroep is ingebracht (in de uitspraak van de rechtbank wordt over alternatieve doktersverklaringen niet gerept).

Met name de ABRS-uitspraak is opmerkelijk, omdat de nieuwe bewijsmiddelen worden geaccepteerd zonder dat van een rechtvaardiging voor het niet overleggen in eerste aanleg sprake lijkt.

4.5.6 Bevindingen

Op het punt van het toelaten van 'nova' in appèl ziet men verschillen tussen beide appèlcolleges. Een eerste verschil kan worden geconstateerd bij het toelaten van nieuwe 'vorderingen' in appèl. Anders dan de ABRS accepteert de CRvB een nieuwe schadevergoedingsvordering in appèl. Wat betreft het in de beoordeling betrekken van nieuwe gronden en argumenten in appèl (die derhalve niet eerder in de procedure zijn aangevoerd), kan in algemene zin worden vastgesteld dat de opstelling van de CRvB soepeler is dan die van de ABRS. Waar bij de CRvB een ruime herkansing vooropstaat, kiest de ABRS – in lijn met de opvattingen van Schreuder-Vlasblom – voor een beperkte herkansing. In dit verband speelt de principiële keuze van de ABRS voor de uitspraak in eerste aanleg als object van geding in appèl een belangrijke rol: in verband hiermee vereist het pas in appèl inbrengen van zowel nieuwe gronden als ingrijpende argumenten (bewijs) in het algemeen een rechtvaardiging. Meer specifiek is het volgende vastgesteld.

Voor wat betreft het toelaten van nieuwe gronden in appèl, lijkt de hoofdlijn van de CRvB te zijn, dat deze in de beoordeling worden meegenomen zolang de wederpartij maar voldoende gelegenheid heeft gehad voor verweer en de gronden in primo niet bewust achterwege zijn gelaten. Van deze hoofdregel wordt afgeweken wanneer de nieuwe grond slechts summier is aangeduid en deze grond ook overigens niet erg waarschijnlijk is. In ambtenarenzaken ziet men overigens uitspraken waaruit een strenger beeld naar voren komt en nieuwe gronden in appèl buiten de beoordeling blijven omdat ze zonder rechtvaardiging niet eerder in de procedure naar voren zijn gebracht. Deze uitspraken passen goed bij de rechtspraak van de ABRS.

Op het punt van het pas in appèl aanvoeren van nieuwe argumenten (bewijs) stelt de CRvB maar weinig grenzen. Zolang de wederpartij in appèl maar voldoende mogelijkheden heeft gehad zich hiertegen te verweren, worden nieuwe argumenten door de Centrale Raad in de beoordeling meegenomen, zelfs wanneer deze in eerste aanleg terecht buiten de beoordeling zijn gelaten, omdat ze in die procedure te laat waren aangevoerd. De CRvB bewaakt in dit verband de 'goede procesorde' per instantie.

Gaat men uitsluitend af op de gepubliceerde rechtspraak, dan is de opstelling van de Afdeling ten aanzien van pas in appèl aangevoerde gronden zonder meer streng te noemen. Het aanvoeren hiervan is in elk geval niet mogelijk indien de nieuwe grond een min of meer zelfstandig onderdeel van het bestreden besluit betreft, alsmede wanneer deze fundamenteel afwijkt van hetgeen in eerste aanleg

is aangevoerd. Verder worden nieuwe gronden doorgaans evenmin in de beoordeling betrokken wanneer er geen rechtvaardiging bestaat waarom de grond niet reeds in een eerdere fase van de procedure is aangevoerd. Op deze regel lijkt soms wel een uitzondering mogelijk te zijn, indien de nieuwe grond evident juist is. In de niet-gepubliceerde rechtspraak die is vermeld in paragrafen 4.5.3.1 en 4.5.5 ziet men daarentegen soms een meer soepele Afdeling, die nieuwe gronden wel meeneemt. Een enkele keer wordt hiervoor een rechtvaardiging gegeven: de nieuwe grond zou in het verlengde liggen van eerder wel aangevoerde bezwaren. Bij diverse uitspraken is echter niet zonder meer duidelijk waarom de Afdeling juist hier de desbetreffende gronden wel in de beoordeling betreft. Anders dan in zaken waarin de Afdeling zich 'streng' opstelt ten opzichte van nieuwe gronden, worden deze 'soepele' uitspraken niet nader gemotiveerd.

Wat betreft het inbrengen van nieuwe argumenten en bewijs kan er in de eerste plaats op worden gewezen dat dit volgens de ABRs soms al niet meer mogelijk is bij de eerste rechter – en uiteraard evenmin in appèl – omdat zij niet reeds in bezwaar (of administratief beroep) naar voren zijn gebracht (par. 4.2). Voor het overige vereist het aanvoeren van ingrijpende nieuwe argumenten (bewijs) in appèl een rechtvaardiging waarom deze niet in een eerdere fase van de procedure zijn aangevoerd. Mogelijke rechtvaardigingsgronden zijn: in eerste aanleg waren de nieuwe argumenten of stukken nog niet beschikbaar; in eerste aanleg heeft betrokkene onvoldoende mogelijkheden gehad om de nieuwe argumenten in te brengen; instemming door de wederpartij. Daarnaast kan in algemene zin worden opgemerkt dat een in eerste aanleg gedaan beroep op het gelijkheidsbeginsel in appèl nader kan worden geadstrueerd, zij het niet pas ter zitting. Ontbreekt een rechtvaardigingsgrond voor het pas in appèl aanvoeren van nieuw argumenten of bewijs, dan worden deze buiten de beoordeling gelaten.

4.6 DE GOEDE PROCESORDE

4.6.1 Algemeen

Beperkingen van de omvang van het geschil worden – zo blijkt uit het voorafgaande – onder meer gebaseerd op het beginsel van de goede (behoorlijke) procesorde. De jurisprudentie is op dit punt overvloedig. Genoemd beginsel, dat verschillende rechtsnormen omspant, doet zijn werking gelden in eerste aanleg én in hoger beroep. Over de invulling hiervan bestaat in de literatuur enige maar geen volledige overeenstemming.

4.6.2 Literatuur

Twee vraagstukken worden in de literatuur in verband gebracht met de goede procesorde, namelijk het waarborgen van de verdedigingsrechten van partijen binnen een bepaalde instantie en het waarborgen van een 'versmalling' en bijgevolg effectieve voortgang van de bestuursrechtelijke procedure in eerste aanleg en appèl (trechtermodel). Met name in dit laatste geval wordt ook de 'procescono-

mie' ten tonele gevoerd. Bij beide functies zal in de navolgende paragrafen kort worden stilgestaan.

4.6.2.1 *De goede procesorde en hoor en wederhoor*

Waar in elk geval overeenstemming over bestaat, is dat de problematiek van de goede procesorde te maken heeft met de gang van zaken tijdens een rechterlijke procedure en wel met de vraag: tot op welk tijdstip kunnen in een bepaalde instantie nog nieuwe gegevens worden overgelegd of argumenten worden aangevoerd?¹³⁸ Hierbij zijn verschillende 'grenzen' denkbaar, zoals het (hoger-) beroepschrift, het aanvullend beroepschrift of de mondelinge behandeling van het (hoger) beroep. In dit verband valt het beginsel van goede procesorde – dat hier in een *enge betekenis* wordt gebezigd – goeddeels samen met het verdedigingsbeginsel en het beginsel van hoor en wederhoor. Genoemd beginsel strekt er in deze context vooral toe om te voorkomen dat verdedigingsrechten van een partij worden geschonden door het te laat inbrengen van stukken. Ook waarborgt het beginsel vanuit dit perspectief gezien een zorgvuldige behandeling van het beroep door de rechter. Deze moet zich immers gedegen kunnen voorbereiden op de zitting, hetgeen de rechtspraak ten goede komt.

Daalder en Schreuder-Vlasblom stellen in dit verband nog dat de problematiek van de goede procesorde in deze zin moet worden onderscheiden van die van de bewijslastverdeling vanwege de taakafbakening tussen bestuur en rechter bij de vaststelling van feiten (zie par. 4.2).¹³⁹ Zo is het overleggen van een nieuw stuk bij het (hoger-)beroepschrift vanuit de optiek van de goede procesorde vaak aanvaardbaar, terwijl het goed mogelijk is dat het stuk vanuit de taakafbakening bestuur-rechter buiten beschouwing moet worden gelaten omdat anders het primaat van het bestuur wordt miskend. Omgekeerd: een stuk dat vanuit de taakafbakening wél mag worden ingebracht, kan niettemin buiten beschouwing moeten worden gelaten omdat het pas ter zitting is ingebracht.

4.6.2.2 *De goede procesorde en het 'trechtermodel'*

De beginselen van een behoorlijke procesorde worden volgens sommige auteurs *daarnaast* in stelling gebracht voor de oplossing van een ander vraagstuk.¹⁴⁰ Het gaat dan om de vraag of en, zo ja, in hoeverre partijen in appèl kunnen treden buiten hetgeen reeds voor de rechtbank is aangevoerd en in hoeverre in appèl een frontverandering in gronden of argumenten (en bijgevolg ook bewijsvoering) toelaatbaar is. Het beginsel fungeert in deze derhalve als basis voor het trechtermodel. Men zou hier kunnen spreken over een *ruime opvatting* van het begrip 'goede procesorde'. Deze invulling van de goede procesorde valt althans voor een deel samen met de beantwoording van de vraag of in hoger beroep nog een verbreding of vernieuwing van de rechtsstrijd toelaatbaar is. Hier lijkt de goede procesorde dan ook in stelling te worden gebracht als argument om de herkansingsfunctie van het bestuursrechtelijke appèl af te zwakken en de effectieve

138. Zie bijv. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 220; Bolt 1999, p. 660-661; Schlössels 1999, p. 23.

139. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 220.

140. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 220.

geschillenbeslechting – alsmede de rechtseenheidsfunctie – door een versmalling van het rechtsgeding in appèl voorop te stellen.

Schreuder-Vlasblom, die de ruime opvatting verdedigt en de 'goede procesorde' bijgevolg mede ten grondslag legt aan het (gematigde) 'trechtermodel',¹⁴¹ legt een verband tussen deze opvatting en de aard van het Nederlandse stelsel van administratieve rechtsbescherming. Ervan uitgaande dat in appèl de uitspraak van de rechter in eerste aanleg centraal behoort te staan, benadrukt zij dat de hiervoor geschetste ruime opvatting de kwaliteit van de procesvoering in eerste aanleg ten goede komt. Letterlijk stelt zij:¹⁴²

'Het centraal stellen van de eerste uitspraak beklemtoont dat partijen een rechterlijk oordeel hebben verkregen en confronteert hen met de beroepsbepaling volgens welke ze tegen die uitspraak moeten opkomen en niet opnieuw tegen het bestreden besluit (...). Dat bevordert een rechtspraktijk, waarin men zich bewust is dat men de procedure in eerste aanleg optimaal moet benutten en aldus de behoorlijke procesorde en de proceseconomie (curs. msv). De noodzaak hiertoe klemt in het bestuursrechtelijke proces, waarin reeds bestuurlijke besluitvorming in veelal twee instanties vooraf ging en waarin het niet gaat om de (originaire) vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen, maar om de toetsing van een besluit, strekkende tot afstemming van alle betrokken collectieve en individuele belangen, die niet verdragen dat het proces zich langer voortsleept dan onvermijdelijk, althans gerechtvaardigd.'

4.6.3 *Jurisprudentie*

De jurisprudentie inzake de 'goede procesorde' is nogal casuïstisch. Een verklaring hiervoor kan wellicht gevonden worden in de opmerking van Schreuder-Vlasblom en Daalder, die stellen dat beide aspecten van de goede procesorde geen harde, scherpe criteria verdragen, maar een afweging tussen belangen veronderstellen. Leidend uitgangspunt is in dit kader een gedegen, zorgvuldige, maar óók efficiënte en voortvarende procesgang.

Vergelijkt men de rechtspraak van beide appèlcolleges, dan valt op dat de CRvB vrijwel steeds het beginsel van goede procesorde in de enge betekenis toepast, terwijl men in de Afdelingsrechtspraak behalve deze enge variant juist veelvuldig de ruime variant van het beginsel tegenkomt. Omdat de relevante rechtspraak in paragraaf 4.5.3 reeds is vermeld, wordt deze hierna slechts kort weergegeven.

Wat betreft de CRvB-rechtspraak, zijn de in paragraaf 4.5.3.2 genoemde uitspraken van 16 oktober 1998 en 4 oktober 2000 illustratief.¹⁴³ Kort en goed acht de CRvB het in deze uitspraken aanvaardbaar dat (geding)stukken die in eerste aanleg wegens te late indiening (vgl. art. 8:58 Awb) terecht buiten beschouwing zijn gelaten, in hoger beroep alsnog worden ingebracht. Als enige raadvoor-

141. Vgl. haar pleidooi om de rechtspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak niet aan te duiden als een rigide 'trechtermodel'. Schreuder-Vlasblom 2001b, p. 134.

142. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 256.

143. Respectievelijk AB 1999/48 en JB 2000/334.

waarde geldt daarbij het beginsel van een 'goede procesorde' in de enge betekenis van 'hoor en wederhoor': heeft de wederpartij in appèl voldoende kennis kunnen nemen van die stukken. De (terechte) toepassing van het beginsel in eerste aanleg werkt derhalve niet door in hoger beroep. Of, in de woorden van de CRvB:¹⁴⁴

'Naar aanleiding van hetgeen dienaangaande van de zijde van gedaagde naar voren is gebracht, merkt de raad op dat een vaststelling door de rechtbank in strijd met een goede procesorde in de hiervoor aangegeven zin geen zodanige doorwerking heeft in de procedure in hoger beroep dat een inhoudelijke behandeling van de door de rechtbank wegens strijd met een goede procesorde buiten beoordeling gelaten grieven, in hoger beroep op voorhand niet meer mogelijk is.

Wanneer, zoals in het onderhavige geval, appellant in hoger beroep de door de rechtbank wegens het late tijdstip van kenbaar maken, onbesproken gelaten grieven tijdig aan de raad kenbaar heeft gemaakt en gedaagde in de gelegenheid is geweest gemotiveerd op bedoelde grieven te reageren, staat geen geschreven of ongeschreven rechtsregel eraan in de weg dat alsnog een inhoudelijke beoordeling van die grieven plaatsvindt.'

In de Afdelingsrechtspraak komt men in diverse uitspraken het beginsel van een goede procesorde in de enge betekenis van hoor en wederhoor tegen. Als willekeurig voorbeeld kan gewezen worden op de in paragraaf 4.5.3.2 vermelde uitspraak van de ABRS van 3 juli 1998,¹⁴⁵ waarin de nadere adstructie van een beroep op het gelijkheidsbeginsel met behulp van vergelijkbare gevallen *ter zitting* in strijd werd geacht met de goede procesorde: het bestuursorgaan had zich immers niet op de weerlegging van deze gevallen kunnen voorbereiden, terwijl niet was gebleken dat appellant deze gevallen niet eerder had kunnen noemen. Heel vaak past de ABRS het beginsel van een goede procesorde in de ruime betekenis toe, namelijk als beginsel op grond waarvan gronden of argumenten die bij de rechtbank hadden kunnen worden ingebracht, niet meer in appèl kunnen worden aangevoerd. Voorbeelden kunnen worden gevonden in paragraaf 4.5.3.1 (nieuwe gronden),¹⁴⁶ alsook in paragraaf 4.5.3.2 (nieuwe argumenten).¹⁴⁷ Daarnaast ziet men in een enkele – overigens recente – uitspraak een nog ruimere toepassing van het beginsel, in die zin dat het wordt gebruikt als argument waarom het inbrengen van nieuwe stukken in eerste aanleg reeds niet meer is toegestaan. Gewezen kan worden op de in paragraaf 4.2.3 vermelde uitspraak van de ABRS van 11 april 2000,¹⁴⁸ waarin de Afdeling oordeelt dat de rechtbank bepaalde stukken terecht buiten de beoordeling had gelaten, want:

144. CRvB 16 oktober 1998, AB 1999/48.

145. ABRS 3 juli 1998, Hoi.97.0327; zie voor een vergelijkbaar geval: ABRS 8 mei 1998, Hoi.97.0250.

146. Bijv. ABRS 12 april 1999, Hoi.97.1344; ABRS 9 april 1998, Hoi.97.0922; ABRS 27 augustus 1997, RAWb 1998, 19; ABRS 17 september 1998, AB 1998/431; ABRS 11 maart 1996, RAWb 1996, 91; ABRS 13 juli 1999, JB 1999/200.

147. ABRS 23 januari 1997, Hoi.95.0721; ABRS 23 januari 1997, RAWb 1997, 67; ABRS 16 januari 1997, RAWb 1997, 113.

148. ABRS 11 april 2000, AB 2000/244, m.nt. MSV.

'Gelet op de datum van deze stukken gaat het hier om stukken die appellant reeds in het kader van zijn verzoek om toestemming bewerkelijke zaak, dan wel in het kader van administratief beroep, had kunnen overleggen. De goede procesorde verzet zich er dan ook tegen dat appellant bedoelde stukken eerst in het beroep bij de rechtbank in het geding heeft gebracht.'

Al met al kan worden gesteld dat het beginsel van een goede procesorde in de opvatting van de Afdeling ook wordt beschouwd als een basis voor het trechter-model.

4.6.4 Interviews

Een van de kerncriteria voor het toelaten van nieuwe gronden en argumenten tijdens de procedure (in hoger beroep) is volgens alle respondenten de 'goede procesorde'. Daarmee is niet gezegd dat bij voorbaat duidelijk is tot welke uitkomsten de toepassing van dit criterium leidt. De omstandigheden van het geval zijn daarbij bepalend. Genoemd zijn onder meer de mogelijkheid van een goede voorbereiding, het waarborgen van hoor en wederhoor en de procesdeskundigheid van partijen.

Eén respondent wijst op een merkwaardig gevolg van genoemd criterium, dat reeds in paragraaf 4.6.3 in het kader van de jurisprudentie-analyse werd besproken. Het kan namelijk voorkomen dat het inbrengen van een nieuwe grond in eerste aanleg in strijd met de goede procesorde wordt geacht, terwijl deze grond vervolgens in hoger beroep wel tijdig wordt ingebracht en vervolgens wordt behandeld. De procesorde in hoger beroep is immers niet in geding. In de praktijk van het hoger beroep (de Centrale Raad van Beroep) komt dit voor. Soms wordt dan terugverwezen. De desbetreffende respondent vindt dat indien het tarief aanvoeren van een nieuwe grond terecht in eerste aanleg wordt afgestraft, deze grond ook niet meer in hoger beroep aan de orde zou mogen komen. Als de rechter in hoger beroep echter van oordeel is dat de rechter in eerste aanleg de grond wél had moeten toelaten, ligt dit natuurlijk anders.

4.6.5 Dossieronderzoek

In het dossieronderzoek is het beginsel van een goede procesorde in beide hiervoor gesignaleerde betekenissen – als verdedigingsbeginsel binnen één instantie (enge betekenis), respectievelijk als beginsel op grond waarvan nieuwe gronden in appél buiten de beoordeling bleven (ruime betekenis) – aangetroffen. Steeds ging het om zaken van de ABRS. In de dossiers van de CRvB, die zijn geanalyseerd, kwam het beginsel niet voor.

Een toepassing van de goede procesorde in de betekenis van verdedigingsbeginsel binnen één instantie was aan de orde in de navolgende uitspraak van de Afdeling, waarbij het beginsel overigens werd toegepast op de procedure voor de rechtbank.

Vz. ABRs 12 mei 1997, Ho1.97.0312 en Ko1.97.0029 (met toepassing van art. 8:86 Awb). Bestuursdwangaanschrijving burgemeester en wethouders van Rupphen, ten-einde een schuur weer in de oude staat terug te brengen.

Het oordeel ten aanzien van het beroep op het gelijkheidsbeginsel luidt: 'Voor zover appellant eerst ter zitting bij de rechtbank een concreet beroep heeft gedaan op het gelijkheidsbeginsel, overweegt de Voorzitter dat de rechtbank op zich terecht tot de conclusie is gekomen dat het beroep op het gelijkheidsbeginsel geen rol meer kan spelen bij de beoordeling van het geschil. De reden dat de door de appellant genoemde gevallen bij de beoordeling van het geschil niet in aanmerking kunnen worden genomen, is evenwel niet uitsluitend gelegen in de omstandigheid dat appellant heeft nagelaten concrete gevallen in zijn bezwaarschrift te noemen, gelijk de rechtbank heeft geoordeeld, doch is tevens gelegen in de omstandigheid dat appellant deze gevallen evenmin in zijn beroepschrift aan de orde heeft gesteld. De Voorzitter verwijst in dit verband naar de uitspraak van de Afdeling van 15 mei 1997 inzake Ho1.96.0753, waarin de Afdeling heeft overwogen dat een burger schending van het gelijkheidsbeginsel in het algemeen ook nog – door middel van vermelding van de desbetreffende gevallen in het beroepschrift – voor de rechter in eerste aanleg kan aanvoeren. Nu appellant echter de door hem gestelde schending van het gelijkheidsbeginsel eerst ter zitting bij de rechtbank heeft opgeworpen, dient te worden geconcludeerd dat dit in een te laat stadium van de procedure is geschied. Dit is in strijd met een goede procesorde. In verband hiermee kan een beoordeling van het door appellant gehandhaafde beroep op het gelijkheidsbeginsel in hoger beroep evenmin aan de orde komen.'

In de volgende twee zaken werd het beginsel van een goede procesorde in zijn ruime betekenis toegepast, derhalve als beginsel op grond waarvan nieuwe gronden in appèl buiten de beoordeling werden gelaten.

ABRS 20 juni 1996, Ho1.95.0327. Vrijstelling en bouwvergunning verleend voor de bouw van 24 woningen en 5 bedrijfsruimten. Zeer omvangrijk hoger-beroepschrift. Afdeling overweegt echter, ten aanzien van een van de gronden:

'Appellanten sub 2 hebben (...) eerst bij hun aanvullende hoger-beroepschrift van 19 augustus 1995 de grief naar voren gebracht dat het bouwplan gedeeltelijk is gesitueerd op gronden, waarvan de eigendom berust bij bewoners van de achterliggende straat. Niet is gebleken dat appellanten deze grief niet in een eerder stadium van de procedure naar voren hebben kunnen brengen. Nu appellant sub 1 (het bestuursorgaan) bij het nemen van het bestreden besluit zich niet over deze grief heeft kunnen uitlaten en ook de rechtbank hierover geen oordeel is gevraagd, dient hieraan voorbij te worden gegaan.'

ABRVS 11 mei 1998, Ho1.97.0543. Dwangsom inzake verwijdering van een zgn. portacabine. In hoger beroep wordt als nieuwe beroepsgrond opgebracht, dat de dwang-somaanschrijving aan de verkeerde persoon is gericht.

De Afdeling overweegt: 'Appellant heeft in hoger beroep de nieuwe stelling opgeworpen, dat het dwangsombesluit aan de verkeerde persoon is gericht, omdat niet hij, maar de besloten vennootschap waarvan hij directeur is de betrokken portacabine in

eigendom heeft. Nu niets er aan in de weg stond deze stelling, wat daar overigens van zij, in een eerdere fase naar voren te brengen, is deze handelwijze in strijd met de goede procesorde. De Afdeling laat deze stelling verder buiten beschouwing.'

Op zich was in de laatst vermelde uitspraak de nieuwe beroepsgrond tardief ingebracht. Het zou evenwel interessant zijn om te weten wat de Afdeling in casu gedaan zou hebben, indien er gerede twijfel zou zijn gerezen omtrent de vraag, wie de cabine in eigendom had. Bekend is immers dat een redelijk strenge eis in de Afdelingsjurisprudentie is, dat handhavingsbesluiten aan de juiste persoon moeten worden gericht. Zou de Afdeling deze kwestie dan toch hebben beoordeeld? Hoe dan ook, de Afdeling stapt thans over de extra beroepsgrond heen, omdat zij kennelijk toch al niet erg overtuigd is van de juistheid daarvan ('wat daar overigens van zij').

4.6.6 Bevindingen

Het begrip 'goede procesorde' wordt door de ABRS in twee betekenissen gebruikt: een 'enge' betekenis en een 'ruime'. In de eerste betekenis, die men ook tegenkomt in de rechtspraak van de CRvB, is er sprake van een procesbeginsel, dat in het bijzonder de zorgvuldigheid van het bestuursproces per instantie beoogt te waarborgen. Het gaat hier primair om het waarborgen van verdedigingsrechten (hoor en wederhoor) en het waarborgen van een goede voorbereiding door de rechter (dossierkennis).

De ruime betekenis kan in verband worden gebracht met het 'trechtermodel', in die zin dat het beginsel als argument dient om nieuwe gronden of argumenten in appèl (en zelfs in eerste aanleg) buiten de beoordeling te laten. Vanuit dit perspectief bezien lijkt de gedachte te zijn dat de 'goede procesorde' normen aanreikt die bepalen zijn voor het bestuursproces als geheel (voorprocedures, beroep, appèl). Het gaat hier om het waarborgen van een redelijke termijn en het bewerkstelligen van algemene kwaliteitsbevordering van de geschilbeslechting (rechts-eenheid).

4.7 DE WERKING VAN DE ARTIKELN 6:18 EN 6:19 IN HOGER BEROEP

4.7.1 Algemeen

Intrekking of wijziging van een bestuursbesluit hangende beroep kan nuttig zijn, ervan uitgaande dat het nieuwe besluit deugdelijker is dan het oude. Artikel 6:18 Awb erkent als uitgangspunt dat wijziging of intrekking hangende beroep mogelijk is. De weg naar een definitief einde van het geschil kan door wijziging worden bekort, als de rechter ook het nieuwe besluit in de beoordeling kan betrekken. Artikel 6:19 Awb is erop gericht dat mogelijk te maken. Het eerste lid zegt, dat het bezwaar of beroep geacht wordt mede te zijn gericht tegen het gewijzigde besluit, tenzij dat besluit aan het bezwaar of beroep geheel tegemoetkomt. De bepaling dient daarmee de efficiency (proces-economie). Daarnaast heeft de bepaling een 'rechtsbeschermingsratio': het risico bestaat dat de appellante zich niet

realiseert dat, als hij na het nieuwe besluit nog niet tevreden is, hij eigenlijk ook afzonderlijk tegen dat nieuwe besluit zou moeten opkomen. Dankzij artikel 6:19 is een afzonderlijk rechtsmiddel niet nodig. Een bekorting van de duur van het geschil kan voor alle betrokken partijen aantrekkelijk zijn. Intussen levert wijziging hangende beroep dikwijls ingewikkelde vragen van procedurele aard op. Dat is al zo indien de wijziging plaatsvindt ten tijde van het beroep in eerste aanleg, maar voor intrekking hangende hoger beroep geldt nog sterker dat de 'procedurele orde' er danig door kan worden verstoord.

Onderstaande bespreking van '6:18 en 6:19'-vragen is toegespitst op kwesties die zich vooral bij toepassing in hoger beroep voordoen.¹⁴⁹ De structuur van de behandeling is zo, dat eerst de jurisprudentie wordt gezien. Vervolgens komen de literatuur, de onderzochte dossiers en de bij de interviews verkregen informatie aan de orde.

4.7.2 Jurisprudentie

4.7.2.1 Welke besluiten worden aangemerkt als wijzigingsbesluiten waar de artikelen 6:18 en 6:19 Awb op van toepassing zijn?

Niet alle besluiten die door een bestuursorgaan bedoeld zijn ter vervanging van een besluit waar beroep tegen is ingesteld, worden aangemerkt als wijzigingsbesluiten die onder de werking van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb vallen. Zo dient het nieuwe besluit dezelfde grondslag en reikwijdte te hebben als het aangevallen besluit en dient het in beginsel afkomstig te zijn van hetzelfde orgaan dat het beroepen besluit nam.¹⁵⁰ Op dat laatste uitgangspunt is door de Centrale Raad van Beroep een uitzondering gemaakt, in een uitspraak van 17 juni 1999.¹⁵¹ Een van de bestreden besluiten was onbevoegdlijk genomen door het GAK. Hangende het hoger beroep werd alsnog bevoegdlijk besloten, door het Lisv. De Raad betrof het besluit met toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb in de beoordeling. Deze uitspraak is ook door de Centrale Raad van Beroep zelf genoemd in het Jaarverslag over 1998/1999, waarin een passage is gewijd aan het meenemen van nadere besluiten hangende (hoger) beroep (p. 32). De Raad zegt daar onder meer:

149. In het verband van het hoger beroep moet dan eigenlijk ook artikel 6:24 erbij genoemd worden, omdat die bepaling de artikelen van afdeling 6.2 van overeenkomstige toepassing verklaart op het hoger beroep. Korthedshalve wordt het noemen van artikel 6:24 hier echter verder achterwege gelaten.

150. Zie CRvB 1 november 1994, JB 1994/342; AB 1995/269; CRvB 9 december 1996, AB 1997, 102; CRvB 25 maart 1997, AB 1997, 182, m.nt. HB; CRvB 29 mei 1997, TAR 1998, 73, m.nt. Neerhof in TAR 1998, p. 265-266; ABRS 9 juni 1997, AB 1997, 307, m.nt. FM. Ook: ABRS 29 juni 1999, AB 1999, 341, m.nt. AvH. Bijzondere vermelding verdient nog de situatie dat een primair besluit in administratief beroep (dus door een ander orgaan) wordt vervangen. Schreuder-Vlasblom meldt, dat de Afdeling artikel 6:19 ook dan niet van toepassing acht (Schreuder-Vlasblom 2000b, p. 284; onder verwijzing naar ABRS 26 mei 2000, Hoi.99.0619).

151. CRvB 17 juni 1999, JB 1999/205, m.nt. ARN.

'Deze uitspraak vormt tevens een bevestiging van eerdere jurisprudentie van de Raad dat een nader genomen besluit hangende (hoger) beroep ook kan strekken tot reparatie van een bevoegdheidsgebrek.'

Besluit waarbij na vernietiging opnieuw in de zaak wordt voorzien, valt onder de werking van de artikelen 6:18 en 6:19

Voor de fase van het hoger beroep is van bijzonder belang dat in de jurisprudentie een bepaald soort besluiten onder de werking van 6:18 en 6:19 is gebracht, hoewel men dat op basis van de tekst van die artikelen niet zou verwachten: de bestuursbeslissing waarbij na een vernietiging door de eerste rechter opnieuw in de zaak wordt voorzien.¹⁵² De achtergrond van deze jurisprudentie is tweërlei. In de eerste plaats is het efficiënt om het nieuwe besluit te kunnen meenemen in de beoordeling. De 'efficiency-ratio' van artikel 6:19 geldt derhalve evenzeer als wanneer een besluit buiten de procedure om wordt vervangen. In de tweede plaats bestaat bij het geval dat het bestuursorgaan opnieuw in de zaak voorziet dezelfde valkuil voor partijen als wanneer een besluit hangende beroep wordt vervangen: het gevaar dat belanghebbenden niet inzien dat het nieuwe besluit eigenlijk expliciet zou moeten worden aangevochten, omdat het anders formele rechtskracht zou verkrijgen. Er bestaat, met andere woorden, dezelfde behoefte aan bescherming als wordt geboden door artikel 6:19 Awb.

Voor de goede orde zij vermeld, dat de begrenzings die in de meer algemene jurisprudentie over de artikelen 6:18 en 6:19 aan de toepasselijkheid van die bepalingen worden gesteld, doorwerken naar de vraag of een besluit waarbij opnieuw in de zaak wordt voorzien, kan worden 'meegenomen'. Als bij het opnieuw voorzien een geheel andere grondslag wordt gekozen, dan valt het nieuwe besluit buiten de werking van genoemde bepalingen.¹⁵³

Een grens wordt in ieder geval gevormd door de beperking die (ook) in het eerste lid van artikel 6:19 Awb is gesteld: 'tenzij dat besluit aan het bezwaar of beroep geheel tegemoetkomt'

De Centrale Raad heeft er in ieder geval blijk van gegeven niet over te gaan tot beoordeling van het nieuwe besluit, indien de rechtsbeschermingsratio daar geen aanleiding toe geeft. Wij doelen op een uitspraak van de CRvB van 22 april 1999.¹⁵⁴ De Raad overwoog: 'Omdat gedaagde zich geheel kan vinden in het (...) nieuwe besluit van appelland ter uitvoering van de aangevallen uitspraak, vormt dit nieuwe besluit geen onderdeel van het in hoger beroep aanhangige geding.' Daarmee sluit de Raad aan bij de slotwoorden van het eerste lid van artikel 6:19: 'tenzij dat besluit aan het bezwaar of beroep geheel tegemoetkomt'.

152. CRvB 14 mei 1998, TAR 1998, 130; ABRS 29 juni 1998, AB 1999/1 m.nt. FM; ABRS 25 februari 1999, AB 1999/173. (Vindplaatsen uit de noot van M. Schreuder-Vlasblom in AB 1999/471.)

153. Zie CRvB 10 februari 2000, AB 2000/181, m.nt. HH; CRvB 30 maart 2000, JB 2000/143, m.nt. ARN.

154. CRvB 22 april 1999, RAWB 1999, 173, m.a. P.A. Willemsen.

Geldt de regel, dat een besluit waarbij opnieuw in de zaak wordt voorzien onder de werking van de artikelen 6:18 en 6:19 valt, ook als alleen het bestuursorgaan hoger beroep heeft ingesteld?

Als het alleen het bestuursorgaan is, dat in hoger beroep komt, achtte de Afdeling bestuursrechtspraak artikel 6:19 niet van toepassing op het besluit waarbij opnieuw wordt voorzien.¹⁵⁵ Daar is wat voor te zeggen, omdat de tweede ratio van artikel 6:19, de 'beschermingsratio', dan niet geldt: bestuursorganen hoeven niet beschermd te worden tegen het risico dat zij niet in de gaten hebben dat zij tegen het nieuwe bestuursbesluit zouden moeten opkomen. Sterker nog: zij hebben geen recht van beroep tegen hun eigen besluiten. Volgens Schreuder-Vlasblom berust bedoelde benadering van de Afdeling op een redenering over hoe artikel 6:19 per analogie moet worden toegepast: artikel 6:19 zegt dat 'het bezwaar of beroep' wordt geacht mede te zijn gericht tegen het nieuwe besluit. Welk bezwaar of beroep is dat dan, indien er na vernietiging door de eerste rechter opnieuw op bezwaar is beslist? In hoger beroep kan dat alleen het hoger beroep zijn.

Schreuder-Vlasblom beziet vanuit deze benadering ook de jurisprudentie van de Centrale Raad en stelt dan, dat de CRvB heeft gekozen voor de uitleg dat het *primaire* beroep geacht wordt mede gericht te zijn tegen de nieuwe beslissing op bezwaar.¹⁵⁶ Dat is een wat vreemde stellingname, want de fase van het *primaire* – bij de rechtbank ingestelde – beroep is dan immers al voorbij. Toch zijn er uitspraken van de Raad waarin deze redenering wordt gevolgd.

Een voorbeeld is CRvB 28 september 1999, RSV 1999, 279. De rechtbank had het *primaire* beroep gegrond verklaard. Alleen het bestuursorgaan had hoger beroep ingesteld. Het bestuursorgaan besliste hangende het hoger beroep opnieuw op het bezwaar. De Raad overwoog dat, nu dat laatste besluit volledig aan het [*primaire*] beroep van gedaagde tegemoetkomt, 'er in dit geval geen aanleiding is om het beroep tegen het bestreden besluit met toepassing van artikel 6:19, eerste lid, van de Awb mede gericht te achten tegen dit nieuwe besluit. In verband hiermede staat in hoger beroep uitsluitend het besluit van 5 november 1998 ter beoordeling.'

In andere uitspraken gebruikt de Centrale Raad voor gevallen waarin alleen het bestuursorgaan in beroep is gekomen toch een enigszins andere redenering. Namelijk niet, dat het *primaire* beroep geacht wordt gericht te zijn tegen het nieuwe besluit, maar dat niet alleen het bestuursorgaan, maar ook de gedaagde geacht wordt beroep te hebben ingesteld tegen het nieuwe besluit.

Een voorbeeld daarvan is te vinden in CRvB 21 november 2000, RSV 2001, 34. Alleen het bestuursorgaan was in hoger beroep gekomen. Een hangend het hoger beroep genomen besluit waarbij opnieuw op het bezwaar was beslist, werd door de Raad beschouwd als een besluit in de zin van artikel 6:18 Awb, en de Raad achtte zich op

155. Mogelijk is deze lijn inmiddels verlaten. In het Jaarverslag 2000 van de Raad van State wordt de uitspraak van 14 juli 2000 genoemd die aan het slot van deze subparagraaf nog zal worden besproken. Het Jaarverslag zegt kort, dat uit die uitspraak naar voren komt 'dat toepassing ook plaatsvindt, indien het hoger beroep is ingesteld door het betrokken bestuursorgaan' (p. 83).

156. Noot in AB 1999, 471, verwijzend naar CRvB 15 november 1994, IB 1994/347 'e.v.a.'.

voet van artikel 6:19, eerste lid Awb, gerechtigd dit nieuwe besluit in zijn beoordeling te betrekken. De Raad zag aanleiding 'de beslissing op het [hoger] beroep dat gedaagde (...) geacht moet worden tegen dat besluit te hebben ingesteld' te verwijzen naar de rechtbank Zwolle. Met andere woorden: de Raad gebruikt niet de fictie dat *het bestuursorgaan* geacht wordt hoger beroep mede te hebben ingesteld tegen zijn eigen besluit en in dit geval ook niet de constructie dat het primaire beroep gericht is tegen het na het instellen van het hoger beroep genomen besluit, maar de fictie dat de *oorspronkelijke appellant* hoger beroep heeft ingesteld.¹⁵⁷

Op het eerste gezicht kan moeilijk verklaard worden dat een beroep van alleen het bestuursorgaan 'mede gericht moet worden geacht' op het nieuwe, door dat orgaan zelf genomen besluit. Bij nader inzien is dat echter toch niet zo vreemd. Met de rechterlijke uitspraken in de zaak – in eerste aanleg en in hoger beroep – wordt uitspraak gedaan over de juridische toelaatbaarheid van een bestuursbesluit. Bij het opnieuw voorzien raakt het orgaan aan datzelfde besluit. Men kan zeggen dat het eerste lid van artikel 6:19 de strekking heeft dat het nieuwe besluit dan in de behandeling bij de rechter moet (kunnen) worden betrokken. En wel: los van de vraag of het bestuursorgaan dat 'gewild' heeft of geacht moet worden gewild te hebben, maar van rechtswege, omdat dit in het algemeen van belang is voor een efficiënte afdoening van de zaak en voor de bescherming van de oorspronkelijke appellant. Het zou dan beter zijn als in het eerste lid van artikel 6:19 Awb niet zou staan dat het geacht moet worden 'mede te zijn gericht tegen het nieuwe besluit', maar dat het geacht moet worden 'het nieuwe besluit mede te omvatten'.

Overigens komt het wel degelijk voor dat het bestuursorgaan zelf verzoekt dat ook de nieuwe beslissing wordt meegenomen; zoals gebeurde in de zaak waar Schreuder-Vlasblom naar verwijst.¹⁵⁸ Dan is dus zelfs de redenering dat het bestuur geacht moet worden het hoger beroep daartoe te hebben willen uitstrekken, niet zo misplaatst.

Als alleen het bestuursorgaan in hoger beroep komt en dat orgaan hangende hoger beroep een nieuw besluit neemt dat het door de eerste rechter vernietigde besluit vervangt, waartoe leidt dat dan? In een andere zaak waarin alleen het bestuursorgaan in hoger beroep was gekomen, betrof de Centrale Raad de na vernietiging genomen beslissing op bezwaar in de beoordeling, al blijkt niet dat daar door het orgaan om gevraagd was. Het betrof een disciplinaire straf, opgelegd aan een ambtenaar. De eerste rechter beoordeelde de sanctie als onevenredig zwaar, vernietigde en droeg het orgaan op om opnieuw te beslissen. Het bestuursorgaan

157. Soms is uit de uitspraak zelf niet helemaal duidelijk welke de onderliggende constructie is. Vgl. het vette kopje bij CRvB 22 april 1999, RAwb 1999, 173, m.a. P.A. Willemsen, dat luidt: 'Op grond van de laatste zinsnede van het eerste lid van artikel 6:19 Awb (...) kan gedaagde niet geacht worden mede beroep te hebben ingesteld tegen dat nieuwe besluit.' In de tekst van de uitspraak zelf staat echter alleen: 'Omdat gedaagde zich geheel kan vinden in het (...) nieuwe besluit (...), vormt dit nieuwe besluit geen onderdeel van het in hoger beroep aanhangige geding.'

158. Namelijk: CRvB 15 november 1994, JB 1994/347. En ook bijvoorbeeld in CRvB 18 april 1995, JB 1995/178; RAwb 1995, 87, m.a. Ten Berge.

besliste inderdaad opnieuw (maar zonder dat geheel aan de bezwaren van gedaagde tegemoet was gekomen). Maar in het door het orgaan ingestelde hoger beroep bleek, dat de Centrale Raad de aanvankelijk opgelegde sanctie als niet-onevenredig beoordeelde. De Raad vernietigde de uitspraak van de eerste rechter. Het oordeel van de eerste rechter, dat een nader besluit genomen moest worden, bestempelde de Raad als 'rechtens niet houdbaar'. Daarom vernietigde de Raad ook het nadere besluit. Dat is (wel) een ingrijpende maatregel, waarbij een aantal vragen rijst.¹⁵⁹ Moet de nieuwe bestuursbeslissing inderdaad (kunnen) worden teruggenomen, of moet worden geredeneerd dat als het bestuur niet overtuigd was van de juistheid van het oordeel van de eerste rechter, het dan maar tegelijk met het instellen van hoger beroep een voorlopige voorziening had moeten vragen, teneinde onder de verplichting opnieuw in de zaak te voorzien uit te komen? Maakt het uit, dat hier een disciplinaire sanctie aan de orde was en heeft de Raad zich om die reden intensiever met de bestuursbeslissing bemoeid dan hij anders gedaan zou hebben? Hoe zou de zaak in de ogen van de Raad afgedaan moeten worden als bij de nadere bestuursbeslissing de sanctie niet alleen verzacht was, maar geheel aan de bezwaren van gedaagde tegemoet was gekomen?¹⁶⁰

Uit nog weer een andere uitspraak, in een functiewaarderingsgeschil, lijkt op te maken dat de Raad er inderdaad van uitgaat dat als de uitspraak van de eerste rechter wordt vernietigd (omdat het hoger beroep van het bestuursorgaan gegrond wordt geacht) tevens vernietiging van de nieuwe beslissing op bezwaar geïndiceerd is.

Ook hier betrof het weer een geval waarin alleen het bestuursorgaan in hoger beroep was gekomen. De Raad overwoog:

'Een dergelijke nieuwe beslissing op bezwaar maakt deel uit van het geding in hoger beroep: treft dat hoger beroep van het bestuursorgaan doel en wordt de aangevallen uitspraak vernietigd, dan komt die nieuwe beslissing voor vernietiging in aanmerking omdat daaraan de grondslag, te weten de vernietigde uitspraak, is komen te ontvallen. Treft het hoger beroep geen doel dan beoordeelt de Raad tevens de nieuwe beslissing op bezwaar, tenzij die geheel aan de bezwaren van betrokkene tegemoetkomt.'

159. CRvB 5 november 1998, AB 1999/75, m.nt. HH. Hennekens is zeer kritisch over het ingrijpen ten aanzien van het nadere besluit (in punt 2 van zijn noot).

160. Als de lezing die Schreuder-Vlasblom van de opvatting van de Centrale Raad geeft – namelijk dat deze oordeelt dat het *primaire* beroep geacht wordt tegen het nadere besluit gericht te zijn – juist is, dan zou artikel 6:19, gelet op het 'tenzij' in het eerste lid, niet kunnen worden toegepast als geheel aan het *primaire* beroep is tegemoetgekomen. Dat wordt anders, als men de redenering hanteert dat vernietiging van de uitspraak van de eerste rechter meebrengt dat de grond is komen te ontvallen aan de beslissing waarbij overeenkomstig die uitspraak opnieuw werd voorzien. Zie hierna, de bespreking van CRvB 20 mei 1999, TAR 1999, 146.

De geciteerde overweging lijkt een heel algemene gelding te hebben, al moet aangetekend worden dat het een uitzonderlijke casus betrof.¹⁶¹

Al geldt de 'rechtsbeschermingsratio' niet voor bestuursorganen, toch kunnen er, als gezegd, goede gronden zijn voor de hoger-beroepsrechter om zich wel over een nader besluit uit te laten, ook al is het hoger beroep alleen door het bestuursorgaan ingesteld. Een eenvoudige reden is bijvoorbeeld, dat het kan voorkomen dat de gedaagde ervan uitgaat dat de nieuwe beslissing in het hoger beroep wordt meegenomen en om die reden nalaat daartegen het geëigende rechtsmiddel in te stellen. Verder kan het zijn dat aan de nieuwe beslissing een 'openbare orde'-achtig gebrek kleeft: een gebrek dat door de rechter ambtshalve getoetst pleegt te worden. Indien de hoger-beroepsrechter daar dan de vinger oplegt, kan moeilijk worden geoordeeld dat het bestuursorgaan zonder goede aanleiding 'wordt beschermd tegen zijn eigen besluiten'. Tenslotte kan het zo zijn dat de belanghebbende burger-partij weliswaar niet in hoger beroep is gekomen, maar wel beroep bij de rechtbank heeft ingesteld tegen de beslissing ter vervanging van de vernietigde beslissing op het bezwaarschrift. Als dat beroep dan naar de hoger-beroepsrechter wordt doorgezonden, dan oordeelt deze, indien hij de nadere beslissing meeneemt, 'materieel' gesproken toch over een beroep van de burger en niet alleen over het – uitsluitend door het bestuursorgaan ingestelde – hoger beroep. Een dergelijke casus deed zich voor in een uitspraak van de Voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, van 24 juli 2000.¹⁶² Schreuder-Vlasblom merkt over de uitspraak op, dat de Afdeling op het front van de toepassing van artikel 6:19 in hoger beroep de rijen (met de CRvB) weer wat lijkt te sluiten, 'althans in die zin dat ook de Afdeling die toepassing aanvaardt als alleen het bestuur in appèl is opgekomen'.¹⁶³ Gelet op hetgeen hierboven aan de orde kwam, is het nog niet geheel zeker dat de Afdeling met deze uitspraak geheel op dezelfde lijn als de Centrale Raad terecht is gekomen: denkbaar is dat de Afdeling voor gevallen waarin de ratio van de bescherming van de burger niet aan de orde is, toch nog zal aannemen dat geen plaats is voor een oordeel over de nadere beslissing, als alleen het bestuur hoger beroep heeft ingesteld. Echter, de wijze waarop de Raad van State in zijn Jaarverslag over 2000 aandacht voor deze uitspraak vraagt, lijkt erop te wijzen dat de Afdeling in de omstandigheid dat alleen het bestuursorgaan in hoger beroep is gekomen, in het geheel geen probleem meer zal zien voor de toepassing van artikel 6:19 Awb. Er staat (op p. 83):

161. Na de vernietigende uitspraak van de eerste rechter was een vervangende nieuwe beslissing genomen. Partijen merkten dit nieuwe besluit ten onrechte aan als een nieuw primair besluit. Er volgde een nieuw bezwaar en een nieuwe ongegrondverklaring van dat bezwaar (alsook een tweede beroep bij de eerste rechter, dat evenals het eerste, tot een vernietiging leidde). Het hoger beroep dat was ingesteld tegen de eerste uitspraak van de rechtbank, werd ongegrond bevonden. Daarom was er volgens de Raad aanleiding de nieuwe beslissing op bezwaar te beoordelen. De op die nieuwe beslissing betrekking hebbende tweede uitspraak van de rechtbank werd vernietigd (hoewel uit de uitspraak van de Raad niet blijkt dat een van partijen daartegen hoger beroep had ingesteld). De Raad beoordeelde de nieuwe beslissing op bezwaar zelf en voorzag zelf in de zaak. CRvB 20 mei 1999, TAR 1999, 146.

162. VZ. ABR 24 juli 2000, ABKort 517, genoemd in het Jaarverslag 2000 van de Raad van State, p. 83.

163. Aldus Schreuder-Vlasblom in 2000b, p. 283.

'De artikelen 6:18 en 6:19 zijn in hoger beroep van overeenkomstige toepassing. Uit de uitspraak van 24 juli 2000, 200000137/1 en 200003261/1 komt naar voren dat toepassing ook plaatsvindt, indien het hoger beroep is ingesteld door het betrokken bestuursorgaan.'

4.7.2.2 *Zelf eindoordeel vormen of verwijzen naar eerste rechter?*

Een belangrijke vraag is, of de hoger-beroepsrechter het gewijzigde besluit in zijn (eind-)oordeel kan betrekken, nu de eerste rechter zich daarover niet heeft uitgesproken. Het tweede lid van artikel 6:19 houdt rekening met deze mogelijkheid. Impliciet kiest deze bepaling zelfs als uitgangspunt dat het nieuwe besluit direct door de hoger-beroepsrechter wordt beoordeeld,¹⁶⁴ tenzij deze zichzelf op het standpunt stelt dat beter een verwijzing kan plaatsvinden.

De Centrale Raad van Beroep is geneigd het gewijzigde besluit zelf mee te beoordelen als de Raad zelf oordeelt dat de zaak zich daarvoor leent, ook al verzoekt een van partijen om terugwijzing. Bijvoorbeeld in een uitspraak die al tamelijk kort na de inwerkingtreding van de Awb werd gedaan.¹⁶⁵ De bedrijfsvereniging (eiseres in het hoger beroep) had een maand na de uitspraak van de rechtbank een nieuwe beslissing in de zaak genomen. Bij die beslissing was de datum van ingaan van de uitkering met een jaar vervroegd. Die beslissing was dus geheel ten gunste van gedaagde, zij het dat deze zich op het standpunt stelde dat de uitkering nog veel eerder zou moeten ingaan. Eiseres verzocht de Centrale Raad om die beslissing in de beoordeling te betrekken. De uitspraak is interessant, omdat de gedaagde zich op het standpunt had gesteld dat dit verzoek moest worden afgewezen. De Raad overwoog:

'De Raad ziet voorts geen belemmering thans tot een eindoordeel omtrent dit beroep te komen. (...) Gedaagdes gemachtigde heeft slechts formele bezwaren aangevoerd, die naar het oordeel van de Raad geen doel treffen. Inhoudelijk is niet toegelicht waarom gedaagde belang zou hebben bij een behandeling door de eerste rechter.

In gevallen als het onderhavige weegt enerzijds het belang van partijen bij een behandeling van het geschil in twee instanties, waarbij veel – doch niet zonder meer doorslaggevende – waarde moet worden gehecht aan de door een of meer partijen uitgesproken wens tot behandeling van het geschil in eerste instantie, terwijl anderzijds van belang is tot een zo spoedig mogelijke geschilbeslechting te komen.

In het onderhavige geval zijn partijen reeds in de gelegenheid geweest zowel tijdens de behandeling van het geschil in eerste aanleg als in de procedure bij de Raad hun standpunten nader toe te lichten. Voorts in aanmerking nemend dat de jurisprudentie in zaken als de onderhavige in belangrijke mate is uitgekristalliseerd, ziet de Raad geen aanleiding thans niet zelf tot een eindoordeel te komen en het geding naar de rechtbank te verwijzen.'

164. Uit de MvT blijkt dat is gedacht aan de situatie dat het gewijzigde besluit tijdens een hoger beroep genomen zou worden en dat 'een goede rechtsbedeling' er dan bij gebaat kan zijn de zaak terug te wijzen. Zie rg Awb I, p. 309.

165. CRvB 18 april 1995, 18 1995/178; RAwb 1995, 87, m.a. Ten Berge.

De Afdeling bestuursrechtspraak lijkt meer dan de Centrale Raad geneigd te zijn tot terugwijzen naar de rechtbank. Zie bijvoorbeeld ABRS 15 februari 2000, AB 2000, 170, m.nt. msv: terugwijzing omdat het nieuwe besluit bezwaren oproept bij de appellerende burger, die nog niet alle zijn behandeld door de rechtbank (sleutelwoorden lijken voor de Afdeling te zijn: 'goede rechtsbedeling' en 'vermijden van verlies van instantie').¹⁶⁶

4.7.2.3 *Welke is de aangewezen rechtsgang tegen nadere besluiten?*

De Centrale Raad is niet alleen bereid om een hangende het hoger beroep afgeko- men nader bestuursbesluit in het hoger beroep 'mee te nemen': de Raad vindt zelfs dat de rechter in eerste aanleg niet bevoegd is een beroep tegen dat nadere besluit 'zonder meer' in behandeling te nemen,¹⁶⁷ en dat een bestuursorgaan niet bevoegd is een bezwaar tegen een dergelijk afzonderlijk besluit te behandelen.¹⁶⁸ 'Het fictieve beroep gaat vóór het reële beroep', voegt de Raad in zijn Jaarverslag 1998/1999 toe.¹⁶⁹

Het standpunt dat, indien de zaak zich in de fase van hoger beroep bevindt, bestuursorganen niet bevoegd zijn bezwaren tegen nadere besluiten te behan- delen en de rechter in eerste aanleg ook niet bevoegd is om daartegen gerichte beroepen te behandelen, gaat erg ver. De tekst van het tweede lid van artikel 6:19 Awb suggereert, dat de wetgever een heel ander standpunt voor ogen stond. Daar wordt immers gesproken van een mogelijke verwijzing naar 'een ander orgaan waarbij bezwaar of beroep tegen dat nieuwe besluit aanhangig is, dan wel kan of kon worden gemaakt'. Aldus ook Schreuder-Vlasblom, die eraan toevoegt dat zowel de Afdeling bestuursrechtspraak als de Centrale Raad aanvankelijk niet uit- sloten dat toch nog in lagere aanleg werd opgekomen tegen nadere besluiten.¹⁷⁰ Van de Afdeling bestuursrechtspraak zijn uitspraken waarin het standpunt wordt ingenomen dat de lagere instanties bezwaren of beroepen tegen nadere besluiten die in de fase van hoger beroep worden genomen, niet mogen behandelen, niet gevonden. De Afdeling zou het – veel meer dan de Centrale Raad – aan partijen willen overlaten welk middel zij kiezen, en ook de rechter in eerste aanleg niet willen opleggen dat de zaak naar de hoger-beroepsrechter wordt verwezen.¹⁷¹

4.7.2.4 *Nieuw besluit ingeval van niet-passeerbare gebreken aan oorspronkelijk besluit*

Het kan voorkomen dat een bestuursorgaan een bestreden besluit door een nieuw besluit vervangt, omdat aan het eerdere besluit een gebrek kleeft dat niet met toepassing van artikel 6:22 Awb gepasseerd kan worden, zoals een bevoegd-

166. Idem in ABRS 8 november 1999, AB 1999/471, m.nt. msv.

167. CRvB 24 maart 1998, JB 1998/134. Zie ook CRvB 7 april 1999, JB 1999/123 (waarover Schreuder-Vlasblom in haar noot in AB 1999/471. NB: deze uitspraak uit de JB is een andere uitspraak dan de uitspraak van dezelfde datum, opgenomen in rsv 1999, 281).

168. CRvB 7 april 1999, rsv 1999, 281. De beslissing op het afzonderlijk bezwaar werd, als onbevoegdlijk genomen, vernietigd.

169. Jaarverslag Centrale Raad van Beroep 1998/1999, p. 32.

170. Noot in AB 1999, 471, onder verwijzing naar o.a. CRvB 28 april 1995, AB 1996/268; Vz. ABRS 24 juli 1995, JB 1995/55; ABRS 1 september 1998, JB 1998/237.

171. Aldus Schreuder-Vlasblom, noot bij AB 1999/471.

heidsgebrek. Als dit tijdens het hoger beroep gebeurt, kan de hoger-beroeps-rechter zijn oordeel dan uitstrekken tot het nieuwe, bevoegd genomen besluit? Die vraag werd bevestigend beantwoord door de Centrale Raad in een uitspraak van 17 juni 1999.¹⁷²

4.7.2.5 *Overschrijding beroepstermijn werkt niet door naar het nader genomen besluit*

In een uitspraak van 24 maart 1998¹⁷³ besliste de Centrale Raad van Beroep dat de overschrijding van de beroepstermijn bij het oorspronkelijke beroep niet doorwerkt naar het nader genomen besluit waartegen het hoger beroep moet worden geacht mede te zijn gericht.¹⁷⁴

4.7.2.6 *Algemeen praktisch probleem: mededeling van nader besluit blijft nogal eens achterwege*

In veel uitspraken komt aan de orde dat het bestuursorgaan soms laat is met het nemen van een nader besluit; of met het voldoen aan de in het tweede lid van artikel 6:18 Awb neergelegde plicht tot onverwijld mededeling van het besluit aan de rechter: soms blijft die mededeling geheel achterwege en in andere gevallen komt de mededeling erg laat (en dus zeker niet 'onverwijld').¹⁷⁵ Deze werkwijze zorgt ook in hoger beroep voor problemen.

4.7.3 *Literatuur*

Wat de literatuur over de toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb, met name in hoger beroep, betreft, kan om te beginnen worden gewezen op publicaties van de hand van M. Schreuder-Vlasblom. Wij noemen een artikel in *Trema*,¹⁷⁶ het boek 'De Awb, het bestuursprocesrecht'¹⁷⁷ en diverse afleveringen van de kroniek 'Bestuursprocesrecht' in het Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht. Daarnaast is er een artikel van P.M. Langbroek over de artikelen 6:18 en 6:19 in relatie tot de spoedprocedure¹⁷⁸ en een tamelijk recent artikel van H. Bolt in *JB-plus*.¹⁷⁹ Meestal komen de genoemde bepalingen in de literatuur echter aan de orde in

172. CRvB 17 juni 1999, JB 1999/205, m.nt. ARN. De uitspraak kwam hierboven al even aan de orde (par. 4.7.2.1), omdat de Centrale Raad in zijn jaarverslag 1998/1999 aandacht voor de uitspraak vroeg. In zijn noot wijst Neerhof nog op een eerdere uitspraak die in een andere richting leek te wijzen.

173. JB 1998/134; ook vermeld in het Jaarverslag van de Raad over 1998/1999, p. 32. 'Daarvan dient onderscheiden te worden – en van doorwerking is derhalve wel sprake – indien de niet-ontvankelijkheid haar oorzaak vindt in het zonder deugdelijke redenen in strijd met artikel 8:59 jo. 8:27 van de Awb niet aan een oproep voldoen om als partij in persoon ter zitting te verschijnen voor het geven van inlichtingen (CRvB 28 augustus 1995, JB 1995/286)', voegt de Raad in zijn Jaarverslag 1998/1999 toe (op p. 32).

174. Voorlopers van de uitspraak van 1998: CRvB 24 juni 1997, AB 1998/136, m.nt. FP, waarin de Raad een verwijzing maakt naar CRvB 16 april 1996, JB 1996/139.

175. Een willekeurig voorbeeld: CRvB 28 april 1995, AB 1996/268.

176. Schreuder-Vlasblom 1995, nr. 10, p. 328-333.

177. Schreuder-Vlasblom 1999a, met name pp. 271-275; 102-103; en 134-141.

178. Langbroek 1998, p. 409-423.

179. Bolt 2000, p. 26-37.

kleinere publicaties,¹⁸⁰ of als slechts een van de behandelde onderwerpen.¹⁸¹ Verder werd het onderwerp onderzocht bij de eerste Awb-evaluatie¹⁸² en wordt het uiteraard behandeld in de verschillende handboeken over bestuurs(proces)recht.¹⁸³ Ten slotte zijn de artikelen 6:18 en 6:19 besproken in het recente preadvies van B.J. van Ettekoven voor de var.¹⁸⁴ Het preadvies is uitgekomen nadat ons onderzoek eigenlijk was afgesloten, maar het verdient bijzondere vermelding, omdat Van Ettekoven concrete suggesties doet voor wijziging van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Zijn voorstellen zijn gedaan vanuit de optiek van de eerstelijnsrechter en raken daarom ten dele aan punten die hier niet aan de orde komen (omdat zij voor het hoger beroep geen bijzondere problemen opleveren), terwijl Van Ettekoven anderzijds niet ingaat op enkele problemen die specifiek met het hoger beroep te maken hebben.¹⁸⁵

4.7.4 Dossieronderzoek

Bij de dossiers die bij de Raad van State werden onderzocht, bevonden zich drie zaken waarin de artikelen 6:18 en 6:19 aan de orde waren. Deze drie uitspraken passen in het beeld, dat de onderzochte bepalingen tot complicaties leiden.

In een van de uitspraken was sprake van verwarring aan de zijde van de appellant. Het betrof echter alleen punten die weliswaar ingewikkeld zijn, maar die toch zonder kennis van de jurisprudentie op te lossen zouden zijn geweest, bij een goed begrip van de wettelijke regeling zelf.¹⁸⁶

In de twee andere zaken speelden vragen die niet vanuit de wettelijke regeling in de Awb te beantwoorden zijn. Een van deze zaken is een voorbeeld van een geval waarin de Afdeling de houding aanneemt die Schreuder-Vlasblom beschrijft als 'ze [de ABRS] hoeft meestal niet zo nodig': namelijk een zaak waarin hangende hoger beroep een nieuwe beslissing op bezwaar wordt genomen, waartegen beroep wordt ingesteld bij de rechtbank. De rechtbank stuurde het beroep niet door, maar besliste zelf op het beroep. De Afdeling aanvaardt deze aanpak.¹⁸⁷ In de derde zaak – die dateert van een half jaar na de zojuist genoemde zaak – had de rechtbank de zaak wel doorgezonden. De Afdeling aanvaardde de doorzending door te erkennen dat sprake was van een besluit als bedoeld in de zin van artikel 6:18 Awb, zodat het hoger beroep van de appellante (d.i. de oorspronkelijk ver-

180. Van Buuren 1995, p. 62. En daarnaast uiteraard in annotaties. Zo heeft Hennekens regelmatig via annotaties kritiek geleverd op de regeling van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Zie bijvoorbeeld diens noot bij CRvB 5 november 1998, AB 1999/75, met nadere verwijzingen in de noot.

181. Simon 1995a, p. 178-179. Simon 1995b, p. 174-181.

182. Ten Berge e.a. 1996, p. 205 e.v.

183. Wij noemen: Minjon p. 488-495; Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male 1999; Ten Berge 1999, par. 8.3.

184. Van Ettekoven 2001, p. 7-98, p. 76 e.v.

185. Voorzover er overlap bestaat tussen de voorstellen van Van Ettekoven en de voorstellen die hierna, in par. 4.7.6, zullen worden gedaan, bestaat daartussen naar ons oordeel geen tegenspraak.

186. ABRS 15 mei 1998, Hoi.98.0302/P90 en Koi.98.0125.

187. ABRS 27 november 1997, Hoi.97.1262/P90, Koi.97.0166, Hoi.97.1505/P90 en Koi.97.0196. Het citaat van Schreuder-Vlasblom komt uit de noot in AB 1999, 471. Zie ook hierboven, par. 4.7.2.3.

zoekende partij) moest worden geacht mede tegen dit nieuwe besluit gericht te zijn. De Afdeling ging echter niet zo ver te overwegen dat doorzending de enig juiste weg was.¹⁸⁸

Bij het dossieronderzoek van zaken van de Centrale Raad van Beroep werden twee zaken aangetroffen waarin '6:18/6:19'-problematiek speelde. De ene zaak kan worden beschreven als 'het zoveelste' voorbeeld van een zaak waarin het bestuursorgaan (in een sociale-zekerheidszaak) had nagelaten mededeling te doen van het nadere besluit.¹⁸⁹

De andere zaak was een ambtenarenzaak. Die zaak ging voor de ambtenaar verloren omdat deze tegen een bepaalde uitspraak van de rechtbank geen hoger beroep had ingesteld.¹⁹⁰ De regeling van de artikelen 6:18 en 6:19 kon de appellant niet redden, omdat de zaak waarin deze opkwam, een andere appellabele handeling betrof. Dat is een situatie die uiteraard wel vaker voorkomt (en het is dus goed die hier te signaleren), namelijk dat in een kwestie die door de belanghebbende als 'één geschil' wordt ervaren, verschillende appellabele besluiten of handelingen plaatsvinden. In ambtenarenzaken komt dit nog vaker voor dan daarbuiten. Het is een probleem dat belanghebbenden dan soms niet in de gaten hebben dat tegen de verschillende appellabele besluiten of handelingen afzonderlijk opgekomen moet worden. Een oplossing van dat probleem valt echter buiten het bereik van de regeling van 6:18 en 6:19, hoe ruim men deze ook zou willen opvatten.

4.7.5 Interviews

In de interviews zijn geen concrete suggesties gedaan over de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Wel is in het interview bij de Centrale Raad in het algemeen opgemerkt, dat de jurisprudentie van de Afdeling en die van de Raad inmiddels 'op het merendeel van de onderwerpen op één lijn zit, inmiddels ook bijvoorbeeld bijna ten aanzien van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb'.

Hierboven, bij de bespreking van de jurisprudentie, bleek dat de verschillen in jurisprudentie aanvankelijk aanzienlijk leken en dat een naar elkaar toegroeiën inderdaad wordt gesignaleerd. Toch is uit de gepubliceerde jurisprudentie nog niet kenbaar dat de verschillen bijna geheel verdwenen zouden zijn.

4.7.6 Bevindingen

4.7.6.1 Voorgeschiedenis: 1e evaluatie Awb

Bij de eerste evaluatie van het Awb-procesrecht werd door de onderzoekers vastgesteld dat de in de artikelen 6:18 en 6:19 vervatte regeling niet in alle opzichten geslaagd is. Van het derde lid van artikel 6:18 werd gezegd dat de betekenis ervan niet duidelijk is en in de jurisprudentie zodanig lijkt te zijn gereduceerd dat dit artikelonderdeel beter geschrapt zou kunnen worden.¹⁹¹ Het leek de onderzoekers

188. ABRS 21 april 1998, Hoi.97.0802/QOI.

189. CRvB 7 april 2000, Awb 98/578 AAWAO 94. Vgl. ook hierboven, par. 4.7.2.6.

190. CRvB 26 juni 1997, Aw 96/233 en 96/235.

191. Ten Berge e.a. 1996, p. 205 e.v., p. 219.

nog te vroeg om over te gaan tot integrale wijziging van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Aanbevolen werd om met betrekking tot deze materie nadere studies te laten verrichten, die het proces van jurisprudentievorming sneller structuur en eenheid kunnen geven. Na enige jaren zou dan een wetswijziging ter hand kunnen worden genomen. De Commissie Polak nam deze aanbevelingen over.¹⁹² Enkele contouren van de richting die voor de materie van 6:18 en 6:19 zou moeten worden gekozen – en die ten dele met name knellen ten aanzien van het hoger beroep – werden in het evaluatierapport echter al wel zichtbaar:

- het derde lid van artikel 6:18 zou moeten worden geschrapt;
- de imperatieve redactie van artikel 6:19, eerste lid, roept problemen op, met name in hoger beroep;
- een expliciete basis is nodig voor de toepasselijkheid van artikel 6:19 op besluiten die na een vernietiging worden genomen, teneinde opnieuw in de zaak te voorzien.

4.7.6.2 *Verbeteringen via wettelijke maatregelen zijn gewenst*

Het huidige onderzoek bevestigt de wenselijkheid van maatregelen in de richting als bepleit in de eerste Awb-evaluatie. De wet zelf zou meer duidelijkheid moeten scheppen. Bij het voorbereiden van een wijziging van de regeling voor hangende beroep genomen besluiten zou het overigens goed zijn als de wetgever over ten minste de volgende twee, met de 6:18/6:19-problematiek samenhangende, vragen een standpunt zou innemen:

1e Opmerking vooraf: keuze voor schorsende werking van het instellen van hoger beroep?

Bij onze beschouwingen over de 6:18/6:19-problematiek zijn wij er in principe van uitgegaan dat buiten de context van nieuwe besluiten hangende beroep geen belangrijke wijzigingen zouden plaatsvinden. Ook bij onze bevindingen en aanbevelingen is voor dat uitgangspunt gekozen. Dat betekent dat wij bijvoorbeeld niet zijn ingegaan op de vraag hoe een en ander geregeld zou moeten worden als de geldende regels over schorsende werking van het instellen van hoger beroep zouden worden gewijzigd. Nu geldt als hoofdregel: instellen van hoger beroep schorst niet, tenzij de wetgever uitdrukkelijk anders heeft bepaald (art. 6:16 jo. 6:24 Awb; uitzonderingen worden met name gemaakt via art. 19 Beroepswet). Er

192. 'Toepassing en effecten van de Algemene wet bestuursrecht 1994-1996', Verslag van de Commissie Evaluatie Awb, 's-Gravenhage, 18 december 1996, p. 62, en Aanbeveling 17, op p. 93 van het rapport.

is echter wel voor gepleit die hoofdregel om te draaien.¹⁹³ Bespreking van deze kwestie gaat echter het bestek van dit onderdeel van het onderzoek te buiten.¹⁹⁴

2e Opmerking vooraf: bij het verduidelijken van de wettelijke regeling zou de regeling van artikel 8:72 Awb betrokken moeten worden

Bij het scheppen van een expliciete basis voor de samenloop tussen hoger beroep en een beroep tegen een bestuursbeslissing waarbij na een vernietiging opnieuw in de zaak wordt voorzien, zou overwogen moeten worden om de grotere duidelijkheid te doen beginnen met aanpassing van artikel 8:72 Awb. De Awb zou duidelijk moeten maken dat, ook als de rechter daarover niet expliciet iets bepaalt, het bestuursorgaan na een vernietiging de plicht heeft opnieuw in de zaak te voorzien (zie het vierde lid van artikel 8:72 en vergelijk met art. 99 (oud) Wet RvS), dat die plicht ook geldt als hoger beroep is ingesteld¹⁹⁵ en dat die plicht alleen dan ontbreekt als de rechter anders heeft bepaald. Thans lijkt het vierde lid van artikel 8:72 te suggereren dat de rechter de keuze heeft uit slechts twee mogelijkheden: (1e) opdracht tot het nemen van een nieuw besluit, *dan wel* (2e) zelf in de zaak voorzien. Uit de memorie van toelichting blijkt al, dat er een derde weg is, namelijk volstaan met vernietiging. Die derde weg wordt in de praktijk veel gebruikt. Het is raadzaam die derde weg expliciet in de wet te noemen, en daar dan aan toe te voegen dat het bestuursorgaan ook dan (net als wanneer de rechtbank een expliciete opdracht tot opnieuw beslissen geeft, met een daaraan gekoppelde termijn) verplicht is opnieuw te beslissen, tenzij de rechtbank anders bepaalt.¹⁹⁶

4.7.6.3 *Expliciete basis voor de toepasselijkheid van 'artikel 6:19' op besluiten die na een vernietiging worden genomen teneinde opnieuw in de zaak te voorzien*

Een belangrijk punt is in ieder geval dat een expliciete wettelijke basis gewenst is voor toepassing van 'artikel 6:19'¹⁹⁷ op na een vernietiging genomen besluiten die beogen opnieuw in de zaak te voorzien: het is gewenst dat de wetgever meer duidelijkheid schept over hoe de rechtsgang van een zaak na een vernietiging door de rechter in eerste aanleg is gedacht. Daarbij zou beslist moeten worden of die aangepaste of nieuwe bepaling zou moeten meebrengen dat een nieuw besluit ook kan – en zelfs als regel: *moet* – worden 'meegenomen' in hoger beroep. Naar ons oordeel zou een bevestigend antwoord het beste zijn. De nieuwe regeling zou

193. Bijvoorbeeld reeds vóór de inwerkingtreding van de Awb, door De Waard, Langbroek & Wulfraat-van Dijk 1994, p. 69-79, aan het slot van par. 3 aldaar. NB: de auteurs pleiten ervoor dat alleen het instellen van hoger beroep schorsende werking zou moeten hebben: het instellen van beroep op de eerste rechter in beginsel juist niet. Ook Hennekens heeft bij herhaling gesteld dat de regel dat het hoger beroep niet schorst, ongelukkig is (in diverse annotaties, waaronder bij Pres. CRvB 13 mei 1998, AB 1998, 243, met nadere verwijzingen).

194. Wij volstaan met hier op te merken dat de kwestie ook van belang is bij het onderwerp van het procesbelang bij hoger beroep door een bestuursorgaan dat inmiddels een nieuwe beslissing heeft genomen. Zie hierboven, het slot van hoofdstuk 3.

195. Als wordt vastgehouden aan de hoofdregel dat het instellen van hoger beroep de uitspraak van de eerste rechter niet schorst.

196. Vgl. CRvB 7 september 2000, RAwb 2001, 19, m.a. BdeW.

197. Dat wil zeggen: een aangepaste versie van artikel 6:19, dan wel een nieuwe speciale bepaling.

dan derhalve de volgende strekking krijgen: indien na een vernietiging door de rechter van eerste aanleg een bestuursbesluit wordt genomen waarbij opnieuw in de zaak wordt voorzien en tegen de uitspraak van de eerste rechter hoger beroep wordt ingesteld, wordt het nieuwe besluit geacht onderdeel uit te maken van het door de hoger-beroepsrechter te beslechten geschil.

NB1: In ons voorstel zou het dus geen verschil maken door wie het hoger beroep is ingesteld: het nieuwe besluit zou ook onderdeel van het geschil uitmaken als alleen het bestuursorgaan hoger beroep instelt.

NB2: Bovenstaande formulering heeft niet de pretentie direct geschikt te zijn om als bepaling in de wet te worden opgenomen. Maar wij vragen er aandacht voor dat de formulering met opzet mogelijk maakt dat het nieuwe besluit door de hoger-beroepsrechter ook kan worden meegenomen in het geval het nieuwe besluit nog niet is *bekendgemaakt* en zelfs indien het op het moment van het instellen van het hoger beroep nog niet is *genomen*. Voor een dergelijke opzet is gekozen in verband met een casus zoals zich voordoed in een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 13 juli 2000.¹⁹⁸ In dat geval was een nieuwe beslissing op bezwaar genomen ter uitvoering van de uitspraak van de rechtbank. Meer dan twee weken later werd hoger beroep ingesteld en de nieuwe beslissing op bezwaar werd meegenomen in de zin van artikel 6:19, eerste lid Awb. Dat het hoger-beroepscrift van later datum is dan het nieuwe besluit (op bezwaar) staat daaraan niet in de weg. Integendeel, een ander oordeel – aldus de Afdeling – zou met betrekking tot de tegen de nieuwe beslissing op bezwaar mogelijke rechtsmiddelen te onderscheiden situaties veroorzaken zonder dat daarvoor enige grond aanwezig is.

4.7.6.4 *Duidelijkheid over de route, ingeval door het bestuur opnieuw in de zaak wordt voorzien*

Vervolgens zou in de Awb een richting moeten worden aangegeven voor het geval een belanghebbende de bestuursbeslissing waarbij opnieuw in de zaak wordt voorzien, wenst aan te vechten. Als geen hoger beroep wordt ingesteld tegen de uitspraak van de eerste rechter, is het makkelijk: dan is de aangewezen beroepsinstantie dezelfde rechter die eerder de vernietiging uitsprak. Voor het geval wel hoger beroep wordt ingesteld, dient de wet uitgangspunten te bevatten. De hoofdregel lijkt in dat geval het beste te kunnen worden, dat de bestuursbeslissing waarbij opnieuw in de zaak is voorzien, wordt meegenomen in het hoger beroep. Dit zou kunnen blijken uit het vernieuwde 'artikel 6:19'. Aan die hoofdregel zou dan kunnen worden toegevoegd dat als bij de rechter in eerste aanleg beroep wordt ingesteld tegen een bestuursbeslissing, genomen teneinde na een vernietiging door die rechter opnieuw in de zaak te voorzien, dat beroep, ingeval tegen de vernietigingsuitspraak hoger beroep is ingesteld, ter behandeling wordt doorge-

198. ABRS 13 juli 2000, JB 2000/246.

zonden naar de rechter waar het hoger beroep is ingesteld.¹⁹⁹ Op de hoofdregel zouden uitzonderingen mogelijk moeten zijn op de voet van het tweede lid van het huidige artikel 6:19 Awb: de hoger-beroepsrechter zou de mogelijkheid moeten hebben – al dan niet op verzoek van een van partijen – om de zaak te verwijzen naar de eerste rechter.

Terzijde: de eerste rechter is dus niet echt 'onbevoegd'. Daarom lijkt een afzonderlijke doorzendplicht voor de eerste rechter – naast die van artikel 6:15 Awb – nuttig.

4.7.6.5 *Ook voor de 'gewone' artikel 6:18/6:19-gevallen is duidelijkheid nodig over de route*

Het verschaffen van duidelijkheid over hoe de rechtsgang door de wetgever wordt gezien, is ook gewenst voor de 'gewone' artikel 6:18/6:19-gevallen (d.w.z. gevallen waarin het bestuur anders dan bij wege van opnieuw voorzien na een vernietiging een gewijzigd besluit neemt), waarin hangende hoger beroep²⁰⁰ een nieuw bestuursbesluit wordt genomen. Ook daar zou de hoofdregel moeten zijn dat het nieuwe besluit door de hoger-beroepsrechter wordt meegenomen. Als dat wettelijk wordt geëxpliciteerd, dan volgt daar automatisch uit dat tegen een dergelijk nieuw besluit geen bezwaar gemaakt hoeft te worden of beroep bij de eerste rechter zou moeten worden ingesteld. Het verdient onzes inziens géén aanbeveling in de Awb te kiezen voor een negatieve formulering, erop neerkomend dat in dergelijke gevallen bezwaar of beroep bij de eerste rechter *niet* mogelijk is,²⁰¹ maar voor een positieve redactie, die als uitgangspunt neemt dat het nieuwe besluit onderdeel uitmaakt van het door de hoger-beroepsrechter te beoordelen geschil. De regel dat het nieuwe besluit in beginsel door de hoger-beroepsrechter wordt beoordeeld, kan worden geoperationaliseerd door een doorzendplicht voor het bestuursorgaan waar desondanks bezwaar zou worden gemaakt en voor de rechter in eerste aanleg (vgl. onze opmerkingen in de vorige subparagraaf). Het gaat dan derhalve om een doorzendplicht in een richting, tegengesteld aan die van de nu reeds in het tweede lid van artikel 6:19 neergelegde verwijzing: als hangende hoger beroep een gewijzigd besluit wordt genomen, dan dient een daartegen ingediend bezwaar- of beroepschrift te worden doorgezonden naar de rechter bij wie het hoger beroep is ingesteld. Maar in bijzondere gevallen kan de hoger-

199. Aangenomen mag worden dat een dergelijke systematiek praktisch uitvoerbaar is, omdat (a) uit het beroepschrift en de bijbehorende stukken zou moeten blijken dat het gaat om een beroep tegen een beslissing waarbij opnieuw wordt voorzien na een vernietiging en (b) de eerste rechter door het hoger beroepscollege wordt geïnformeerd, als hoger beroep is ingesteld. Zie art. 38 Wet RvS en art. 20 Beroepswet.

200. Althans, na de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Deze nuancering houdt verband met de situatie dat het nadere besluit is genomen vóór het hoger beroep werd ingesteld. Zie de al in par. 4.7.6.3 genoemde uitspraak ABRS 13 juli 2000, JB 2000/246.

201. Vgl. de passage in het Jaarverslag van de Centrale Raad van Beroep 1998/1999: '(...) de uitspraak van de Raad van 7 april 1999 (rsv 1999/281), waarin de Raad overwoog dat tegen een nader besluit dat op grond van artikel 6:19 en artikel 6:24 van de Awb in hoger beroep moet worden beoordeeld, niet afzonderlijk bezwaar *dient* te worden gemaakt of beroep *dient* te worden ingesteld' (cursivering door de auteurs van het evaluatieonderzoek).

beroepsrechter – al dan niet op verzoek van partijen – de zaak verwijzen, conform het huidige artikel 6:19, tweede lid Awb.

4.7.6.6 *Puntsgewijze samenvatting*

De voorstellen voor de te vernieuwen regeling komen op het volgende neer:

- a) de eerste twee leden van artikel 6:18 Awb kunnen ongewijzigd blijven;
- b) het derde en vierde lid van artikel 6:18 zouden geschrapt moeten worden;
- c) aan het instellen van *hoger* beroep zou van rechtswege schorsende werking kunnen²⁰³ worden verleend (vgl. artikel 6:16, in verbinding met artikel 6:24 Awb);²⁰³
- d) uit het vierde lid van artikel 8:72 Awb zou expliciet moeten blijken dat de rechtbank een derde keuzemogelijkheid heeft, namelijk volstaan met vernietiging en daaraan zou moeten worden toegevoegd dat het bestuursorgaan verplicht is opnieuw in de zaak te voorzien, tenzij de rechtbank anders bepaalt;
- e) er dient een expliciete wettelijke bepaling te komen, inhoudende dat een na een door de rechter uitgesproken vernietiging genomen vervangend bestuursbesluit kan worden meebeoordeeld in een geding over het vernietigde besluit ('toepasselijkheid artikel 6:19 op besluiten waarbij opnieuw in de zaak wordt voorzien');
- f) het verdient aanbeveling dat een dergelijke bepaling als uitgangspunt kiest dat een dergelijk hangende (hoger) beroep genomen bestuursbesluit onderdeel uitmaakt van het in het (hoger) beroep te beslissen geschil, tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben;²⁰⁴
- g) de terminologie dat 'het bezwaar of beroep geacht wordt mede te zijn gericht tegen het nieuwe besluit' (vgl. artikel 6:19, eerste lid) ware daarbij te vervangen door een meer open terminologie van de strekking als zojuist genoemd ('maakt het nieuwe besluit onderdeel uit van het naar aanleiding van het tegen het eerdere besluit ingediende bezwaar of beroep te beslissen geschil');

202. Wij volstaan met deze voorzichtige formulering, omdat een dergelijke wijziging consequenties heeft die het niveau van de problematiek van de artikelen 6:18 en 6:19 overstijgen – consequenties waar het onderzoek niet op gericht is geweest (zo is de problematiek van de voorlopige voorzieningen nadrukkelijk buiten de onderzoeksopdracht gebleven). Zie par. 4.7.6.2, 1e opmerking vooraf.

203. Om deze wijziging te bewerkstelligen is, naar wij aannemen, in theorie voldoende dat in het eerste lid van artikel 6:24 de woorden 'met uitzondering van artikel 6:12' zouden worden vervangen door 'met uitzondering van de artikelen 6:12 en 6:16'. Maar het lijkt veel duidelijker als aan artikel 6:24 een tweede lid wordt toegevoegd, waarin komt te staan dat het instellen van hoger beroep de aangevallen uitspraak schorst, tenzij bij of krachtens wettelijk voorschrift anders is bepaald.

204. Met opzet is hier gekozen voor de woorden 'tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben', in plaats van de woorden die het huidige artikel 6:19, eerste lid Awb gebruikt: 'tenzij dat besluit aan het bezwaar of beroep geheel tegemoetkomt'. Die woorden van artikel 6:19 zijn niet helemaal passend op het besluit dat na een vernietiging wordt genomen, voor het geval alleen een bestuursorgaan in hoger beroep komt; o.a. omdat het orgaan dat *louter om uitvoering te geven aan de uitspraak van de rechtbank* geheel aan de (oorspronkelijke) bezwaren tegemoetkomt, er uiteraard wel degelijk belang bij heeft dat die vervangende beslissing, als uitvloeisel van de aangevallen uitspraak, in hoger beroep in de beoordeling kan worden betrokken.

- h) wat de route betreft, kan de onder e) bedoelde, in de Awb op te nemen bepaling parallel lopen met de regeling voor 'gewone' wijzigingen hangende beroep (d.w.z. het huidige artikel 6:19);
- i) over de route zelf twee opmerkingen: voor het geval tegen het nieuwe bestuursbesluit afzonderlijk bezwaar wordt gemaakt, dan wel beroep wordt ingesteld, zou moeten worden bepaald dat het orgaan waarbij dat is gebeurd, de zaak dient door te zenden aan de rechter waar de zaak over het eerdere (gewijzigde of vervangen) besluit aanhangig is;
- j) de (hoger-beroeps-)rechter zou de mogelijkheid moeten hebben de zaak te verwijzen naar een ander orgaan waarbij bezwaar of beroep tegen dat besluit aanhangig is, dan wel aanhangig kon worden gemaakt (vgl. art. 6:19, tweede lid Awb).

4.7.6.7 *Mogelijke bedenkingen tegen de aangedragen voorstellen*

a) *Ongewenst verlies van instantie of verantwoord doorpakken?*

Als de hoger-beroepsrechter een nieuw bestuursbesluit in zijn beoordelingen betreft, levert dat verlies van instantie op. In geval van het meenemen van een besluit waarbij na een vernietiging opnieuw in de zaak is voorzien, beoordeelt hij dan immers een besluit waarover de eerste rechter nog geen oordeel heeft uitgesproken, terwijl dat volgens de algemeen geldende regels wel zou moeten kunnen. In geval van een gewijzigd *primair* besluit beoordeelt de hoger-beroepsrechter zelfs een besluit waartegen nog geen bezwaar mogelijk is geweest. Toch lijkt het meenemen van dergelijke 'nieuwe' besluiten in het algemeen aanvaardbaar, omdat zij niet zo 'echt nieuw' zijn, doordat de mogelijke inhoud van die besluiten in de procedure over het gewijzigde, *casu quo* na vernietiging vervangen, besluit aan de orde is geweest. Zijn er weinig of geen nieuwe gegevens, dan kan de beoordeling van het vervangende besluit het beste geïntegreerd worden met de beoordeling in het hoger beroep, omdat partijen anders met een maar half doorgehakte Gordiaanse knoop zouden kunnen blijven zitten. Voor het geval de nieuwe beslissing te veel nieuwe elementen of gezichtspunten zou bevatten, of een nieuwe intensieve beoordeling van feitelijke gegevens verlangt, kan de hoger-beroepsrechter de zaak terugverwijzen. Het belang van de proceseconomie mag daarom naar ons oordeel zwaarder wegen, zodat als hoofdregel kan worden vastgelegd dat het nieuwe besluit in de reeds aanhangige procedure wordt meegenomen.

b) *Leidt de regeling voor gevallen waarin alleen het bestuursorgaan in hoger beroep is gekomen tot bijzondere, ongewenste, gevolgen (reformatio in peius)?*

Als alleen het bestuursorgaan hoger beroep instelt, dan kan moeilijk worden gezegd dat dat hoger beroep 'mede is gericht tegen het nieuwe besluit', omdat het dat bestuursorgaan zelf is, dat dat nieuwe besluit heeft genomen. Dat bezwaar kan door een gewijzigde formulering in de Awb worden weggenomen (zie boven, 4.7.6.6, sub g). Belangrijker is natuurlijk, of een dergelijke verruiming gewenst is. Wordt daarmee het effect bereikt dat aan een bestuursorgaan een beroepsrecht wordt toegekend tegen door datzelfde orgaan genomen besluiten? Dat zou in het

vigerende stelsel van het bestuursprocesrecht niet passen. Bovendien zou het effect kunnen zijn dat de burger dankzij de beoordeling door de hogerberoepsrechter in een nadeliger positie terechtkomt dan hij op basis van het – door hem niet aangevallen – vervangende bestuursbesluit verkeerde. Zou dat laatste niet een zogenaamde reformatio in peius opleveren (het geval dat een burger door het instellen van een rechtsmiddel er slechter afkomt dan hij op basis van het bestreden bestuursbesluit was), althans een situatie die daar qua effect als twee druppels water op lijkt? Dat verdient bespreking, omdat met de Awb, blijkens de parlementaire geschiedenis daarvan, bedoeld is de figuur van de reformatio in peius sterk terug te dringen.²⁰⁵

Bij de beantwoording van die vragen moet naar onze mening worden bedacht, dat het bestuursorgaan dat na een rechterlijke vernietiging in hoger beroep gaat, maar intussen opnieuw in de zaak voorziet omdat dat nu eenmaal door het systeem van de Awb wordt verlangd, met die nieuwe beslissing natuurlijk niet een beslissing neemt die door dat orgaan als de juiste beslissing wordt gezien (anders was het orgaan niet in hoger beroep gekomen). Het is dan niet merkwaardig dat het bestuursorgaan in het hoger beroep aan de rechter vraagt om de vervangende bestuursbeslissing mee te beoordelen. En er is veel te zeggen voor de redenering dat als de hoger-beroepsrechter de uitspraak van de eerste rechter vernietigt, daarmee ook de grondslag aan het – in opdracht van de eerste rechter genomen – vervangende bestuursbesluit komt te ontvallen.²⁰⁶ Was het anders, dan zou voor het bestuursorgaan dat het met de uitspraak van de eerste rechter niet eens is, geen andere weg openstaan dan het bij wijze van voorlopige voorziening vragen van opschorting van de verplichting om opnieuw in de zaak te voorzien. (Want: als het wél met inachtneming van de uitspraak van de rechtbank opnieuw in de zaak voorziet en niemand anders tegen die nieuwe beslissing opkomt, zou die nieuwe beslissing onaantastbaar worden.²⁰⁷) Maar de beoordeling op een dergelijk verzoek om voorlopige voorziening is niet dezelfde als de beoordeling van het bodemgeschil.²⁰⁸ Als het vervangende besluit niet via een actie van het bestuursorgaan zelf aantastbaar zou zijn, verliest het hoger beroep zijn zin.

Terzijde wijzen wij er nogmaals op dat de genoemde problemen zich met name voordoen nu in de Awb is gekozen voor de hoofdregel dat het instellen van hoger beroep de uitspraak van de eerste rechter niet schorst.²⁰⁹ Als het bestuursorgaan

205. Zie de stukken bij artikel 8:69 Awb; PG Awb II, p. 463-464.

206. Vgl. de boven eerder genoemde uitspraak CRvB 20 mei 1999, TAR 1999, 146.

207. Tenzij men zou oordelen dat dan het bestuursorgaan zelf het vervangende bestuursbesluit weer door een nieuw besluit zou moeten en kunnen vervangen. Een dergelijke opvatting zou een en ander er niet eenvoudiger op maken.

208. Met name vanwege de omstandigheid dat het criterium 'onverwijlde speed' soms een andere uitkomst verlangt dan de beoordeling van de rechtmatigheid zou doen. Vgl. bijvoorbeeld Pres. CRvB 19 augustus 1996, RAWb 1997, 69, m.a. BdeW. De president weigerde de gevraagde voorlopige voorziening. De zaak betrof een bijstandsgeschil. In een dergelijke financiële zaak is begrijpelijk dat de president voorrang geeft aan het belang bij onmiddellijke uitvoering, boven het risico dat een uitvoering van de uitspraak van de eerste rechter om louter *praktische* redenen moeilijk terug te draaien kan blijken te zijn.

209. In het civiele proces en het strafproces is het andersom: daar schorst het instellen van hoger beroep de uitspraak van de eerste rechter wel.

dat zich niet met de uitspraak van de eerste rechter kan verenigen, niet verplicht zou zijn opnieuw in de zaak te voorzien, zou de behoefte om het vervangende besluit in de beoordeling van de hoger-beroepsrechter te betrekken in het algemeen niet bestaan, althans veel geringer zijn.

Reformatio in peius

In het huidige stelsel van de Awb is het orgaan dat hoger beroep heeft ingesteld tegen de uitspraak van de eerste rechter, in beginsel verplicht om hangende het hoger beroep opnieuw in de zaak te voorzien. Die omstandigheid heeft ook betekenis bij het beoordelen van de vraag of van een *reformatio in peius* gesproken mag worden, als dat vervangende bestuursbesluit door de hoger-beroepsrechter (naar aanleiding van het beroep van het bestuursorgaan) zou worden aangetast en de burger dientengevolge minder goed af is dan als dat vervangende besluit in stand zou zijn gelaten.

Een burger die zijn beroep bij de rechtbank beloond ziet met een vernietiging en die de 'buit' vervolgens verzilverd krijgt via een vervangend besluit waarbij het bestuursorgaan gevolg geeft aan de uitspraak van de rechtbank, zal zeker teleurgesteld zijn als de hoger-beroepsrechter de uitspraak van de eerste rechter vernietigt, en uiteraard vooral als dat betekent dat ook de vervangende beslissing wordt aangetast (zonder dat iemand daar beroep tegen heeft ingesteld). Maar is dat een situatie die aangeduid mag worden met de term '*reformatio in peius*'?

In het 'vuga' Awb-commentaar op artikel 8:69 Awb wordt van een '*reformatio in peius*' door de rechter gesproken, als de uitspraak voor de appellant minder gunstig is dan de in het beroep aangevallen bestuursbeslissing.²¹⁰ Een eerste kanttekening zou dan ook kunnen zijn dat de hier besproken situatie niet onder dat begrip valt, omdat het niet gaat om een beroep dat door de burger zelf is ingesteld. Als de verslechtering van de situatie van een burger (meestal: degene tot wie het aangevallen besluit gericht was) het gevolg is van het instellen van een rechtsmiddel door een ander, dan valt dat niet onder het begrip *reformatio in peius* (hierna: r.i.p.). Het ligt voor de hand om het geval van een verslechtering als gevolg van een *door een ander* ingesteld beroep buiten het begrip r.i.p. te houden, want het is inherent aan het doel van de bestuursrechtspraak dat de mogelijkheid van een dergelijke verslechtering wenselijk is. Wel lijkt de hier besproken situatie (namelijk het meenemen van het vervangende bestuursbesluit na een alleen door het orgaan ingesteld hoger beroep) op een r.i.p., omdat de rechter het vervangende bestuursbesluit *ambtshalve* beoordeelt, althans niet beoordeelt als reactie op het inzetten van een formeel rechtsmiddel. Naar ons oordeel betekent dit echter niet dat, voorzover al van een r.i.p. mag worden gesproken, sprake is van een onaanvaardbare r.i.p. Immers, het risico van verslechtering van de situatie van de oorspronkelijke appellant is, zou men kunnen zeggen, onlosmakelijk verbonden aan de mogelijkheid van beroep die het bestuursorgaan heeft en behoort te heb-

210. VUGA Commentaar Awb, artikel 8:69 (B.W.N. de Waard), punt 4, p. 8.2.6.4-6 e.v.

ben. De vervangende bestuursbeslissing is louter een rechtstreeks uitvloeisel²¹¹ van de uitspraak van de eerste rechter (nu het instellen van hoger beroep geen schorsende werking heeft).

Terzijde zij er nog op gewezen dat er nog een tweede element aan de boven aangehaalde begripsomschrijving van r.i.p. is dat aandacht verdient. In die omschrijving is gekozen voor de vergelijking tussen de situatie die bestond op basis van *het aangevallen bestuursbesluit en de situatie na de uitspraak van de rechter*. Waar sprake is van rechtspraak in twee instanties, blijft het bestuursbesluit het oriëntatiepunt, bij de vraag of sprake is van een r.i.p.: als de uitspraak *in hoger beroep* voor de burger ongunstiger is dan de uitspraak van de eerste rechter (maar niet ongunstiger dan het bestuursbesluit waar het allemaal om draaide), dan wordt niet van een r.i.p. gesproken.

Een voorbeeld: een ambtenaar wordt ontslagen wegens plichtsverzuim. In bezwaar wordt het besluit gehandhaafd. De eerste rechter vernietigt het bestreden besluit omdat hij van oordeel is dat het plichtsverzuim niet is komen vast te staan. De ambtenaar gaat in hoger beroep, omdat hij méér wil dan alleen vernietiging, namelijk schadevergoeding. De CRvB onderzoekt de gehele zaak opnieuw en oordeelt dat het plichtsverzuim wel degelijk vaststaat. Uitkomst derhalve: terecht ontslagen en in ieder geval geen schadevergoeding. Een dergelijk geval wordt niet tot r.i.p. gerekend.²¹²

Over het geval dat alleen het bestuursorgaan hoger beroep instelt en de vervangende bestuursbeslissing door de hoger-beroepsrechter wordt meegenomen in de beoordeling, kan worden gezegd dat de burger in een situatie wordt gebracht die ongunstiger is dan het laatste bestuursbesluit. Maar opnieuw kan dan worden gezegd dat een dergelijk bestuursbesluit niet een goed referentiepunt is, omdat het louter werd genomen om gevolg te geven aan de uitspraak van de eerste rechter.

211. Want als het bestuursorgaan méér doet dan louter gevolg geven aan de uitspraak van de eerste rechter, dan zet het daarmee zijn procesbelang in het hoger beroep op het spel. Dat procesbelang gaat verloren als bij het opnieuw voorzien verder wordt 'tegemoetgekomen aan' (de burger) dan op basis van de uitspraak van de eerste rechter nodig was, of als de nieuwe beslissing kennelijk is ingegeven door gewijzigde inzichten. Zie ABRS 26 september 1996, RAWb 1997, 25, m.a. Willemsen; CRvB 19 augustus 1996, RAWb 1997, 69, m.a. BdeW.

212. Zoals beschreven in het zojuist genoemde VUGA Commentaar bij artikel 8:69 Awb. Het voorbeeld is ontleend aan CRvB 31 maart 1987, TAR 1987, 125.

5 Ambtshalve activiteiten door de rechter

5.1 INLEIDING

In het voorgaande hoofdstuk is uitvoerig ingegaan op de wijze waarop partijen de omvang van het geding in (hoger) beroep kunnen beperken. Daarbij is geconstateerd dat zowel volgens de rechtspraak van de ABRS als volgens die van de CRvB de omvang primair bepaald wordt door de 'wensen' van partijen (art. 8:69, eerste lid Awb). Beperking van de omvang vindt daarbij eerst en vooral plaats door de vordering, doordat daarin slechts een onderdeel van het besluit, casu quo van de uitspraak in eerste aanleg – bijvoorbeeld alleen het oordeel omtrent de proceskostenveroordeling – wordt aangevochten. Daarnaast wordt het geschil in eerste aanleg volgens beide appèlrechters in beginsel beperkt door de door appellante aangevoerde gronden, waarna in appèl het geschil verder kan worden beperkt door de gronden die door de uitspraak in eerste aanleg zijn aangevoerd.

Een verschil in aanpak is daarbij wel dat de ABRS zich in het algemeen nogal strikt oriënteert op de aangevoerde gronden, terwijl de CRvB in sommige zaken (arbeidsongeschiktheidszaken) geneigd is de gronden ruim te interpreteren zodat ook aspecten van het besluit waarop de aangevoerde gronden niet expliciet betrekking hebben, maar die samenhang vertonen met wel aangevochten aspecten, in de beoordeling kunnen worden betrokken (par. 4.3). Zo oordeelt deze rechter in een arbeidsongeschiktheidszaak over de arbeidskundige aspecten van het geval, ook al heeft appellant alleen maar gronden aangevoerd met betrekking tot de medische kant van de zaak. Andere verschillen tussen beide appèlcolleges zijn gesignaleerd bij het accepteren in appèl van door geïntimeerde aangevoerde gronden (par. 4.4) en bij het accepteren van nieuwe gronden in appèl door appellant (par. 4.5). Op beide punten is de opvatting van de CRvB ruimer dan die van de ABRS.

Het gevolg van het voorgaande is dat de omvang van het geding in (hoger) beroep in het domein van de CRvB ruimer is dan die in het domein van de ABRS. Vervolgens is de vraag naar de ambtshalve activiteiten van de rechter aan de orde. Deze vraag staat in het onderhavige hoofdstuk centraal en valt in drieën uiteen:

- a. in hoeverre toetst de rechter ambtshalve? (art. 8:69, eerste lid Awb);
- b. in hoeverre vult de rechter ambtshalve de rechtsgronden aan? (art. 8:69, tweede lid Awb);
- c. in hoeverre vult de rechter ambtshalve de feiten aan? (art. 8:69, derde lid Awb).

De genoemde vragen worden behandeld aan de hand van de jurisprudentie (5.2), de literatuur (5.3), het dossieronderzoek (5.4) en de interviews (5.5). Het hoofdstuk wordt afgesloten met paragraaf 5.6, waarin de bevindingen zijn neergelegd.

Het materiaal in dit hoofdstuk geeft zowel informatie over de opvattingen van de appèlrechters ten aanzien van de ambtshalve activiteiten van de eerste rechter, als over de ambtshalve activiteiten van de appèlrechters zelf. Dit ligt voor de hand aangezien artikel 8:69 Awb in artikel 39, eerste lid Awb en artikel 21, eerste lid Beroepswet van overeenkomstige toepassing is verklaard op de procedure bij beide appèlrechters.

Alvorens over te gaan tot verslaglegging van de diverse onderzoeksmethoden, wordt de onderhavige problematiek eerst wat breder ingekaderd aan de hand van de parlementaire geschiedenis van artikel 8:69 Awb.

De toetsing vóór 1994

Vóór 1 januari 1994, de datum van invoering van de eerste en tweede tranche van de Awb, werd in de jurisprudentie en de literatuur geen expliciet onderscheid gemaakt tussen ambtshalve toetsing en ambtshalve aanvulling van rechtsgronden. Ambtshalve toetsing en ambtshalve aanvulling van rechtsgronden vielen samen.

Als object van geschil werd gezien het bestreden besluit of een onderdeel daarvan. De vordering was de (gedeeltelijke) vernietiging van het bestreden besluit. Analooq aan artikel 48 Rv werden door de rechter alle rechtsgronden die konden bijdragen aan de vernietiging van het besluit, ambtshalve aangevuld, casu quo werd aan deze rechtsgronden ambtshalve getoetst.¹ Iedere administratieve rechter placht voor 1994 ruim ambtshalve te toetsen/rechtsgronden aan te vullen. Deze rol van de rechter was om verschillende redenen verdedigbaar, zowel vanuit een oogpunt van rechtsbescherming (ongelijkheidscompensatie) als vanuit een oogpunt van toezicht (recours objectif).

De toetsing na de invoering van de Awb

Wat heeft de invoering van de Awb veranderd aan de toetsingsmogelijkheden van de rechter? Kijkend naar de tekst van de wet lijkt het antwoord op het eerste gezicht te zijn: weinig of niets. Nog steeds is het bestreden besluit (of een onderdeel daarvan) object of voorwerp van het geschil en de vordering de vernietiging van het bestreden besluit.² Gedeeltelijke vernietiging als vordering is ook mogelijk. Daarnaast kan het hoger beroep alleen gaan over bijvoorbeeld proceskosten of schadevergoeding, waarbij het oordeel van de rechter in eerste aanleg over de rechtmatigheid van het besluit, in beginsel niet meer ter discussie staat. Wat de burger in de regel wil, is dat het bestreden besluit van tafel gaat; welke gronden

1. Stroink 1997, p. 177; Stroink 1998, p. 25 e.v.

2. Overigens noemt de wet het begrip vordering niet. In art. 6:5, eerste lid, onder d Awb wordt uitsluitend gesproken over de gronden van het bezwaar of beroep. Krachtens art. 8:72, eerste lid Awb vernietigt de rechtbank het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk, indien zij het beroep gegrond verklaart. Het is evident dat de burger met zijn beroep de gehele of gedeeltelijke vernietiging van het bestreden besluit beoogt. Het ligt dan ook voor de hand dit de vordering van appellant te noemen.

hij daarvoor moet aanvoeren, zal hem niet zoveel interesseren. De vraag is ook of van de burger verwacht mag worden dat hij trefzeker de juiste vernietigingsgronden weet aan te voeren. In het bestuursprocesrecht bestaat geen verplichte procesvertegenwoordiging.

De toelichting is minder duidelijk dan de wettekst. In de MvT wordt inzake artikel 8:69 opgemerkt:³

'Over de omvang van het geschil waarover de rechter een oordeel moet geven, merken wij op dat deze in beginsel wordt bepaald door de omvang van het ingestelde beroep (vgl. in dit verband artikel 6.3.16, inhoudende dat het bestuursorgaan heroverweegt op de grondslag van het bezwaar). Gelet op de primaire functie van het bestuursrechtelijk geding, namelijk het bieden van rechtsbescherming, is er geen reden voor de rechter om buiten de vordering te treden. Daarnaast zou het uit het oogpunt van de rechtszekerheid van de bij het besluit betrokkenen bepaald ongelukkig zijn, als de rechter buiten de grenzen van het hem gepresenteerde geschil zou kunnen treden.'

Wat betekent vordering hier? Het lijkt erop dat vordering hier gelijkgesteld wordt met de aangevoerde beroepsgrond (en dus niet de vernietiging van het bestreden besluit). Ook de term geschil lijkt te slaan op de aangevoerde beroepsgronden.

Vervolgens wordt geschreven: 'Uit het bovenstaande vloeit in de eerste plaats voort, dat die onderdelen van het besluit waartegen niet wordt opgekomen door de rechter buiten beschouwing moeten worden gelaten.' Dit wordt wel het verbod van ultra petita genoemd. Deze zinsnede duidt er weer op dat de vordering wel degelijk betrekking heeft op vernietiging van – een deel van – het bestreden besluit.

In de artikelsgewijze toelichting wordt na de opmerking van het verbod van ultra petita opgemerkt dat 'de rechter niet zonder meer zal kunnen afgaan op de in het beroepschrift geformuleerde grieven. Uit het ontbreken van bepaalde stellingen in het beroepschrift kan men immers niet zonder meer afleiden dat appellant welbewust bepaalde gebreken niet aan de orde heeft willen stellen en derhalve in deze gebreken zou willen berusten. Het past goed bij de actieve rol die de rechter heeft in de procedure, dat deze de appellant in de gelegenheid stelt zich hieromtrent nader uit te laten.'

Wat betekent dit nu precies? Men kan deze passage extensief en restrictief uitleggen. Bij extensieve interpretatie blijft de situatie in grote lijnen hetzelfde als vóór 1994. Bij een restrictieve interpretatie is er een breekpunt ten opzichte van het oude recht. In principe zijn de aangevoerde gronden dan bepalend.

Zoals in het vorige hoofdstuk en in het begin van deze paragraaf al is aangegeven, oriënteert de ABRS zich in het algemeen nogal strikt op de aangevoerde gronden, terwijl de CRvB in sommige zaken geneigd is deze wat ruimer te interpreteren. In dit hoofdstuk wordt bekeken in hoeverre deze beperking wordt 'gecompenseerd' door de ambtshalve activiteiten van de rechter (in appèl).

3. Kamerstukken II 1991-1992, 22 495, nr. 3, p. 141.

5.2.1 *Ambtshalve toetsing en ambtshalve aanvulling van rechtsgronden*

In de rechtspraak van beide appelcolleges is in de loop der tijd onderscheid aangebracht tussen de ambtshalve toetsing aan het recht en de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden. Zoals in paragraaf 1.5.1 is aangegeven, gaat het bij de ambtshalve toetsing om de beoordeling door de rechter van een besluit of de uitspraak van de eerste rechter buiten de omvang van het geding. Deze toetsing betreft in elk geval de zogenoemde bepalingen van openbare orde en kan in dat geval leiden tot een reformatio in peius. Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden vindt plaats binnen de omvang van het geding zoals bepaald door artikel 8:69, eerste lid Awb. Zoals in de MvA bij artikel 8:69 is aangegeven, kan dit niet leiden tot een reformatio in peius:⁴

'Wij wijzen erop, dat de verplichting van de rechter om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, niet op gespannen voet staat met het verbod van reformatio in peius. Immers, deze verplichting moet worden gelezen in samenhang met de verplichting om op de grondslag van het beroepschrift uitspraak te doen. Met andere woorden: het gaat om het aanvullen van de rechtsgronden van het beroep.'

Het onderscheid tussen ambtshalve toetsing en ambtshalve aanvulling van rechtsgronden kwam in de rechtspraak voor het eerst naar voren in de standaarduitspraak Bentvelzen van de ABRS. De Afdeling overwoog daarin:⁵

'Vast staat dat de Firma Bentvelzen in beroep bij de rechtbank op generlei wijze als grief naar voren heeft gebracht dat artikel 7:2, eerste lid van de Awb is geschonden. Dit betekent dat de rechtbank, door uitdrukkelijk het beroep gegrond te verklaren wegens schending van dit wetsartikel, is getreden buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil en, dus doende, de betekenis van voren aangehaald artikel 8:69, eerste lid van de Awb heeft miskend.

Voor de door de rechtbank ambtshalve verrichte toetsing zou alleen dan plaats zijn geweest, indien het wettelijk voorschrift zou kunnen worden aangemerkt als te zijn van openbare orde.

Hoewel artikel 7:2, eerste lid van de Awb, blijkens de geschiedenis van totstandkoming daarvan, een essentieel onderdeel vormt van de bezwaarschriftprocedure, bevat het niet een dergelijk voorschrift.'

Deze uitspraak maakt een aantal zaken duidelijk:

- in de eerste plaats dat de beoordeling van artikel 7:2, eerste lid Awb door de eerste rechter niet kon worden beschouwd als het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in de zin van artikel 8:69, tweede lid Awb. Deze beoordeling

4. PG Awb II, p. 464.

5. ABRS 29 juli 1996, JB 1996/190, m.n. MAH; RAWB 1996, nr. 127, m.a. Widdershoven.

viel immers buiten de omvang van het geding als bepaald door artikel 8:69, eerste lid Awb;

- in de tweede plaats, dat er onderscheid bestaat tussen het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden en ambtshalve toetsing. Hierna zal blijken dat dit onderscheid niet altijd even helder wordt gemaakt;
- in de derde plaats, dat ambtshalve toetsing (in elk geval) betrekking heeft op bepalingen van openbare orde. Artikel 7:2, eerste lid Awb kan niet als zodanig worden aangemerkt. Voor het overige kan de vraag worden opgeworpen welke bepalingen al dan niet van openbare orde zijn. Zie hierover paragraaf 5.2.2.

Terzijde. Men kan kritiek hebben op de overwegingen van de ABRs dat de rechtbank is getreden buiten de grenzen van het haar voorgelegde geschil. Krachtens het eerste lid van artikel 8:69 Awb doet de rechtbank uitspraak op de grondslag van het beroepsschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. *De rechter kan een actieve rol vervullen door zowel tijdens het vooronderzoek als ter zitting aan partijen vragen te stellen.* Zo kan ook de rechter de omvang van het geschil mede bepalen. Zo is het denkbaar dat in een casus als hiervoor genoemd de rechtbank vragen stelt: of er gehoord is en, zo nee, waarom niet en of dat op de bestuurlijke besluitvorming van invloed is geweest. Indien een rechter in een bepaald geval van oordeel is dat wel horen tot een inhoudelijk ander besluit had kunnen leiden, valt moeilijk in te zien waarom hij dan artikel 7:2 niet ambtshalve had kunnen aanvullen.

Het verschil tussen ambtshalve toetsing en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden komt overigens niet in alle uitspraken even scherp naar voren. In de volgende paragrafen zal een aantal uitspraken worden genoemd, waarin op dit punt onduidelijkheden bestaan. Hier volstaan we met een uitspraak van de ABRs (in eerste en hoogste instantie) van 21 januari 1997, waarin de Afdeling deze kwestie geheel in het midden laat:⁶

'De Afdeling stelt vast dat de Exploitatiemaatschappij Drachten blijkens artikel 4 van de regeling (gebaseerd op de Wet gemeenschappelijke regelingen, red.) tot doel heeft het op slagvaardige wijze ontwikkelen en exploiteren van het bedrijventerrein Drachten en het verzorgen van de optimale afstemming van alle hiermee samenhangende aspecten en bevoegdheden van de deelnemers aan de gemeenschappelijke regeling.

Ingevolge artikel 10 wro stelt de gemeenteraad een bestemmingsplan vast. De Afdeling overweegt dat bij de vaststelling van een plan een objectieve afweging van alle bij de gronden betrokken belangen dient plaats te vinden.

Een zodanige afweging is naar het oordeel van de Afdeling bij vaststelling van het plan door een orgaan met een beperkte min of meer eenzijdige taakstelling als het algemeen bestuur van de Exploitatiemaatschappij Bedrijventerrein Drachten niet gewaarborgd.

6. ABRs 21 januari 1997, AB 1997/136, m.n. ChB.

Het aan de orde zijnde plan is dan ook vastgesteld in strijd met artikel 10 WRO. Verweerders hebben derhalve het bestreden besluit ten onrechte gedeeltelijk goedgekeurd.'

Met annotator Backes kan worden vastgesteld dat de Afdeling niet alleen ultra petita gaat, maar dat dit ook nog het gevolg van een reformatio in peius heeft. Daarbij wordt niet aangegeven dat het in casu om ambtshalve toetsing zou gaan. Overigens kan men wel verdedigen dat er sprake is van een bevoegdheidsgebrek dat ambtshalve kan worden getoetst (zie par. 5.2.2.3). De ABRs overweegt immers dat bij vaststelling van het plan door een orgaan met een beperkte min of meer eenzijdige taakstelling als het algemeen bestuur van de Exploitatiemaatschappij Bedrijfventerein Drachten, een objectieve afweging niet gewaarborgd is. In feite betekent dit dat de bevoegdheid tot het vaststellen van een bestemmingsplan per definitie niet aan een dergelijk orgaan gedelegeerd kan worden. Daarbij is voorts van belang dat aldus een objectieve afweging in de zin van artikel 2:4 Awb niet is gegarandeerd.

Verwarring bij het onderscheid tussen ambtshalve toetsing en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden ziet men ook bij de rechtspraak van de Afdeling inzake de toetsing van bouwplannen aan bestemmingsplannen. In de standaarduitspraak in de zaak Schaap/Zaanstad – die in paragraaf 5.2.3 nog uitvoerig wordt besproken – valt deze toetsing onder het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden. In een uitspraak van 9 mei 2000 spreekt de Afdeling daarentegen van ambtshalve toetsing.⁷

'Evenmin slaagt het betoog van appellant dat de rechtbank ten onrechte niet heeft geoordeeld dat bij de beslissing op bezwaar burgemeester en wethouders in strijd met artikel 7:11 van de Algemene wet bestuursrecht niet op de grondslag van het ingediende bezwaar hebben beslist door het bouwplan ambtshalve aan het bestemmingsplan te toetsen. Zoals de Afdeling eerder heeft overwogen – zie onder meer de uitspraak van 19 oktober 1998, nr. H01.97.1313, gepubliceerd AB 1999, nr. 163 – dient het bouwplan in bezwaar en in beroep – ook *ambtshalve* (cursivering red.) – aan het bestemmingsplan te worden getoetst. Gegeven de in de wet neergelegde mogelijkheden van bezwaar, kan niet staande worden gehouden dat burgemeester en wethouders in strijd met het beginsel van rechtszekerheid hebben besloten de bij het primaire besluit verleende vergunning bij de beslissing op bezwaar alsnog te weigeren.'

Deze verwarring is ongewenst aangezien – zoals reeds opgemerkt – de juiste classificatie van dit ambtshalve 'ingrijpen' door de rechter van belang is voor de vraag of dit ingrijpen kan leiden tot een reformatio in peius: is er sprake van het aanvullen van rechtsgronden, dan kan dit niet.

7. ABRs 9 mei 2000, H01.199901361/1.

5.2.2 *Ambtshalve toetsing en bepalingen van openbare orde*

5.2.2.1 *Inleiding*

Zoals in de vorige paragraaf al is vastgesteld, toetst de ABRS ambtshalve aan bepalingen van openbare orde. De reeds besproken Bentvelsensuitspraak is op dit terrein een trendsetter geweest en markeert duidelijk de scheidslijn met het verleden. De opvatting dat artikel 7:2, eerste lid Awb geen bepaling van openbare orde bevat, is overgenomen door de CRvB.⁸

Een belangrijke vraag is uiteraard wat onder bepalingen van openbare orde dient te worden verstaan. In de MvA bij artikel 8:69 Awb merkt de regering op:⁹

'De toepassing van de regels inzake bevoegdheid en ontvankelijkheid is van openbare orde en staat daarmee niet ter vrije beschikking van partijen. Zo zal de rechter – en dat komt in de praktijk met enige regelmaat voor – zich inderdaad niet conformeren aan bijvoorbeeld een onjuiste uitleg van het besluitbegrip of een ten onrechte verschoonbaar geoordeelde termijnoverschrijding. Dat geldt ook in die – eveneens in de praktijk voorkomende gevallen – waarin partijen zijn overeengekomen geen beroep te doen op onbevoegdheid of niet-ontvankelijkheid.'

Hoewel deze passage enige richting geeft, is het begrip openbare orde, dat als zodanig niet voorkwam in het bestuursprocesrecht vóór 1994, toch nog betrekkelijk vaag.¹⁰ In de literatuur is wel de stelling verdedigd dat het gehele bestuursrecht, voorzover dat van dwingendrechtelijke aard is, in zijn geheel valt te brengen onder het begrip openbare orde.¹¹ Maar hoe dan ook, het is aan de rechters om nadere invulling te geven aan dit vage begrip.

Bezie men de jurisprudentie van beide appèlrechters, dan kan in de eerste plaats worden vastgesteld dat zij geen algemene definitie van het begrip 'openbare orde' geven. In de tweede plaats valt op dat men niet snel geneigd is om bepalingen expliciet als zodanig aan te merken. Vaak komt het voor dat ambtshalve aan bepaalde voorschriften wordt/moet worden getoetst zonder dat deze voorschriften met zoveel woorden worden aangemerkt als van openbare orde (zie par. 5.2.2.3). In de derde plaats kan worden vastgesteld dat beide rechters wel in diverse uitspraken expliciet aangeven dat bepaalde voorschriften *niet* van openbare orde zijn (zie par. 5.2.2.2).

5.2.2.2 *Niet van openbare orde*

Om met de laatste kwestie te beginnen, hiervoor is reeds vastgesteld dat artikel 7:2, eerste lid Awb volgens beide appèlrechters niet van openbare orde is. Dezelfde (non-)status is in latere jurisprudentie toegekend aan diverse andere Awb-bepalingen betreffende de fase van bestuurlijke besluitvorming en bezwaar. Zo is bijvoorbeeld de kenbaarheid van de motivering als bedoeld in artikel 3:47

8. CRvB 8 juli 1997, JB 1997/179, m.nt. RJGHS.

9. PG Awb II, p. 464.

10. Dit probleem is ook door onze zuiderburen opgemerkt. Zie Mast e.a. 1996, p. 607.

11. Stroink 1997, p. 18.

(voorheen 4:17) Awb niet van openbare orde. In haar uitspraak van 8 juli 1997 overwoog de CRvB:¹²

'Met betrekking tot de door de rechtbank vastgestelde schending van artikel 4:17 van de Awb overweegt de Raad het volgende. M heeft in eerste aanleg op generlei wijze een beroep gedaan op de schending van artikel 4:17 van de Awb. Dit betekent dat de rechtbank, door het beroep gegrond te verklaren wegens schending van deze bepaling, getreden is buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil, en, dusdoende, de betekenis van voren aangehaald artikel 8:69, eerste lid, van de Awb heeft miskend.

Voor de door de rechtbank ambtshalve verrichte toetsing zou alleen dan plaats zijn geweest, indien het wettelijk voorschrift in kwestie zou moeten worden aangemerkt als te zijn van openbare orde. Artikel 4:17 van de Awb bevat echter, hoewel het van essentiële betekenis is voor de kenbaarheid van de motivering waarop een beschikking berust, naar het oordeel van de Raad een dergelijk voorschrift niet.

Gezien het voorgaande dient de aangevallen uitspraak te worden vernietigd.'

Voor het niet-openbare-orde-karakter van procedurebepalingen betreffende de bezwarenprocedure is van belang de uitspraak van de CRvB van 15 oktober 1998.¹³ De rechtbank had – ambtshalve toetsend – een besluit vernietigd wegens schending van artikel 7:4 en 7:6 Awb. De Raad overwoog:

'De Raad heeft vastgesteld dat door of namens gedaagde tijdens het beroep in eerste aanleg geen grieven zijn gericht tegen de gang van zaken tijdens de – op de voorschriften van het sociaal plan gebaseerde – bezwaarprocedure. De rechtbank heeft de gevolgde bezwaarprocedure ambtshalve getoetst. Nog daargelaten dat de door de rechtbank genoemde bepalingen nog in het geheel niet van toepassing waren, betreft de schending geen voorschriften die moeten worden aangemerkt als te zijn van openbare orde. Door het beroep gegrond te verklaren wegens die schending, is de rechtbank naar het oordeel van de raad – hij verwijst naar zijn uitspraak van 8 juli 1997, JB 1997/179 – getreden buiten de – door artikel 8:69 Awb bepaalde – grenzen van het haar voorgelegde geschil. De aangevallen uitspraak komt in zoverre voor vernietiging in aanmerking.'

Ten slotte kan nog worden opgemerkt dat ook artikel 7:9 Awb niet van openbare orde is.¹⁴ Ten aanzien van al deze bepalingen geldt dat appellants ter zake gronden moet aanvoeren, wil de rechter eraan kunnen toetsen. Deze conclusie geldt zowel voor de CRvB als voor de ABRs.

5.2.2.3 *Van openbare orde, casu quo ambtshalve toetsing*

In lijn met de MvA hebben veel uitspraken van de appèlrechtbanken waarin ambtshalve wordt getoetst betrekking op kwesties van ontvankelijkheid (van bezwaar,

12. CRvB 8 juli 1997, JB 1997/179, m.n. RJGHS.

13. CRvB 15 oktober 1998, AB 1999/33, m.n. HH.

14. ABRs 14 november 1997, HoI.96.0749; CRvB 25 november 1997, JAwb 1998, 20.

beroep of appèl) en bevoegdheid. Bij dit laatste gaat het om vragen met betrekking tot de bevoegdheid van de eerste rechter, maar ook om de bevoegdheid van het bestuursorgaan. Verder wordt in sommige uitspraken ambtshalve getoetst aan bepalingen van internationaal recht en EG-recht. Ten slotte is de behoortelijkheid van de procedure in eerste aanleg, alsmede kwesties betreffende de omvang van geding in eerste aanleg regelmatig voorwerp van ambtshalve toetsing. De bepalingen waaraan ambtshalve wordt getoetst, worden soms als van openbare orde aangemerkt, maar meestal niet. Verder kan worden vastgesteld dat op dit terrein geen principiële verschillen zijn te ontwaren tussen de jurisprudentie van de ABRS en die van de CRvB. Hierna volgt een overzicht van relevante rechtspraak.

a. Besluit en belanghebbende

In ABRS 29 juli 1996, AB 1996, 416, m.nt. FM, toetst de ABRS ambtshalve of er bij de weigering om de tenaamstelling in een paspoort te wijzigen sprake was van een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb. De Afdeling overweegt dat:

'(n)iet valt in te zien dat ten gevolge van de tenaamstelling in een paspoort van appellante een rechtsverhouding wordt vastgesteld, gewijzigd of in het leven geroepen. (...) Derhalve is er geen sprake van een door burgemeester genomen op rechtsgevolg gericht besluit en mitsdien van een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, Awb.'

Het bezwaar van appellant had derhalve niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.

ABRS 23 april 1999, JB 1999, 189, m.n. MSV. In deze zaak toetst de Afdeling ambtshalve aan het begrip belanghebbende in de zin van artikel 1:2, eerste lid Awb. Overwogen wordt:

'2.5. Anders dan de rechtbank oordeelt de Afdeling echter dat het belang van appellante niet rechtstreeks bij dit besluit is betrokken. De rechtbank heeft op dit punt ten onrechte aansluiting gezocht bij de uitspraak van het CBb van 24 januari 1996. In die uitspraak werd een aantal commerciële omroeporganisaties geacht belanghebbende te zijn bij besluiten tot toewijzing van een tweetal FM-frequenties aan andere commerciële omroeporganisaties, voor welke frequenties ook eerstgenoemde omroeporganisaties in aanmerking hadden kunnen komen. Die situatie doet zich hier echter niet voor.'

b. Termijnen en vormvoorschriften beroepsschrift

Bepalingen die termijnen bevatten voor het indienen van bezwaar of beroep, zijn van openbare orde. Dit wordt bijvoorbeeld bepaald in CRvB 4 maart 1997, AB 1997, 268, m.nt. FP, alsmede in CRvB 19 november 1996, JB 1997, 11, m.nt. AWH.

In een uitspraak van 19 november 1996, JB 1997, II, m.n. MAH overwoog de CRvB in dit verband als volgt:

'Door partijen wordt niet betwist dat de termijn voor het indienen van een bezwaarschrift tegen de korting van inkomsten op appellantes rww-uitkering is overschreden. De Raad is niet gebleken van feiten of omstandigheden om overschrijding van bedoelde termijn verschoonbaar te achten. Onder die omstandigheden had gedaagde appellant niet-ontvankelijk moeten verklaren. Nu gedaagde dit heeft nagelaten, heeft de rechtbank dit terecht alsnog ambtshalve gedaan, aangezien de wettelijke voorschriften met betrekking tot de termijn van het indienen van bezwaar of beroep van openbare orde zijn. In zoverre dient de aangevallen uitspraak te worden bevestigd.'

ABRS 14 april 2000, HOI.99.0631. In deze uitspraak toetst de ABRS of de rechtbank op de juiste wijze ambtshalve onderzoek heeft gedaan naar de ontvankelijkheid. De casus ligt als volgt. De directeur van het Landelijk Bureau Inning Onderhoudsbijdragen heeft de termijnoverschrijding van appellant verschoonbaar geacht. De rechtbank heeft ambtshalve geoordeeld dat ziekte en afwezigheid wegens vakantie geen redenen zijn om een termijnoverschrijding verschoonbaar te achten. Appellant was op de dag van de zitting gedetineerd en zijn verzoek om verlof was afgewezen. Kort na de zitting zou hij vrij komen. Een verzoek om uitstel van de zitting is door de rechtbank afgewezen. De ABRS overweegt als volgt:

'2.4. Appellant heeft zich beklagd over de afwijzing van het verzoek om uitstel door de rechtbank. Hij acht zich hierdoor benadeeld en heeft uiteengezet en met schriftelijke verklaringen ondersteund, dat hij tijdens zijn vakantie het slachtoffer is geweest van geweldpleging waardoor hij gewond is geraakt en ziek is geworden. Onder deze omstandigheden moet het naar zijn mening verschoonbaar zijn dat hij eerst na de bezwaartermijn zijn bezwaarschrift heeft ingediend, gelijk ook de directeur heeft geoordeeld.

2.5. De Afdeling is van oordeel dat de rechtbank niet heeft mogen afzien van het verlenen van uitstel van de mondelinge behandeling. Gelet op het *ambtshalve onderzoek* (cursivering red.) naar de ontvankelijkheid diende voor een goede procesgang appellant, die geen juridische kennis bezit, in de gelegenheid te worden gesteld de feiten en omstandigheden die tot de late indiening van het bezwaarschrift hebben geleid, mondeling toe te lichten en met bescheiden te ondersteunen. Dit wordt nog versterkt door de omstandigheid dat appellant ten tijde van de beantwoording van de brief van 3 maart 1999 in detentie werd gehouden en er rekening mee moest worden gehouden dat hij niet volledig toegang had tot de bescheiden die betrekking hebben op de geweldpleging en de medische behandeling. De Afdeling sluit niet uit dat de geweldpleging en de daaruit voortvloeiende ontregeling van appellant tot het oordeel kunnen leiden dat in dit geval sprake is van verschoonbaarheid.

2.6. Nu de rechtbank het verzoek om uitstel van de mondelinge behandeling ten onrechte heeft afgewezen, is sprake van een onzorgvuldige procesgang.'

Eveneens wordt ambtshalve getoetst of voldaan is aan het vereiste van art. 6:24 eerste lid jo. artikel 6:5, eerste lid, onder d Awb (aangeven gronden bezwaar en beroep). Zie ABRS 30 mei 1995, AB 1995, 418, m.n. AvH:

'Van de geboden gelegenheid tot het indienen van de gronden van het beroep voor laatstgenoemde datum hebben appellanten zonder vermelding van reden geen gebruik gemaakt. Appellanten kunnen mitsdien kennelijk niet in hoger beroep worden ontvangen.'

Vgl. voorts CRvB 20 november 1996, AB 1997, 81, m.n. FP:

'Voorts kan van toepassing van art. 8:69, tweede en derde lid Awb eerst sprake zijn in het geval het (hoger) beroep in behandeling is genomen. Voor dit laatste geldt onder meer dat het voorschrift van artikel 6:5, eerste lid aanhef en onder d Awb in acht is genomen.' (Quod non, volgt niet-ontvankelijkverklaring.)

c. *Bevoegdheid rechtbank*

ABRS 17 maart 1997, AB 1998, 18, m.n. NV. In deze uitspraak toetst de ABRS ambtshalve de bevoegdheid van de rechtbank. Naar het oordeel van de ABRS is niet de rechtbank maar het CBb bevoegd. Dit leidt tot vernietiging van de aangevallen uitspraak. Doende wat de rechtbank had behoren te doen, verklaart de ABRS de rechtbank onbevoegd. Voorts bepaalt de Afdeling dat het beroepschrift met toepassing van artikel 6:15 Awb wordt doorgezonden naar het CBb.

ABRS 24 maart 1997, AB 1997, 201, m.n. FM. In deze zaak toetst de ABRS ambtshalve de ontvankelijkheid van het beroep op de rechtbank. In casu was er sprake van een beslissing op bezwaar en een beslissing in primo. Naar het oordeel van de ABRS heeft de president van de rechtbank het beroep tegen het besluit in primo ten onrechte niet niet-ontvankelijk verklaard. De ABRS vernietigt in zoverre de aangevallen uitspraak en doet hetgeen de president had behoren te doen, namelijk het door appellante bij de rechtbank ingediende beroepschrift naar de burgemeester doorzenden ter behandeling als bezwaarschrift.

d. *Doorzendplicht (artikel 6:15 Awb)*

Ook de doorzendplicht van artikel 6:15 Awb wordt ambtshalve getoetst. Dit ligt voor de hand omdat artikel 6:15 Awb een direct verband heeft met de bevoegdheidsvraag. Zie CRvB 21 januari 1999, AB 1999, 199, m.n. HH.

'Nu het bestreden besluit niet onder het bereik van artikel 2 Aanpassingswet Awb 1 valt, stond ingevolge artikel 7:1 Awb bezwaar bij gedaagde (de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen, red.) open. De rechtbank had derhalve het beroep niet ontvankelijk mogen achten, maar het beroepschrift ingevolge artikel 6:15 Awb naar gedaagde dienen door te zenden. (...) De Raad zal het primaire

beroepschrift met toepassing van artikel 24 Beroepswet in verbinding met artikel 6:15 Awb alsnog naar gedaagde doorzenden ter behandeling als bezwaarschrift (...).

Dezelfde lijn ziet men in de rechtspraak van de Hoge Raad als belastingrechter. Vgl. Hoge Raad (belastingkamer) 8 december 1999, JB 2000, 3, m.n. R. Niessen-Cobben:

'3.2 De klachten falen derhalve. Desondanks kan de uitspraak van het Hof niet in stand blijven. Blijkens de in cassatie niet bestreden vaststelling van het Hof was het beroep van belanghebbende mede gericht tegen de hem met betrekking tot de onroerende zaak a-straat 1 opgelegde aanslagen in de afvalheffing, de onroerende zaak-belastingen (alleen gebruikersbelasting) en de rioolrechten (tevens alleen gebruikersbelasting).

Nu het Hof heeft vastgesteld dat het daar binnengekomen geschrift mede bezwaren bevatte tegen laatstgenoemde aanslagen, terwijl met betrekking tot die aanslagen geen voor beroep vatbare uitspraak was gedaan, had het ingevolge artikel 6:15, lid 2, van de Algemene wet bestuursrecht (...) moeten bepalen dat een kopie van het geschrift zo spoedig mogelijk zou worden doorgezonden aan het Hoofd ter verdere behandeling van die bezwaren, onder gelijktijdige mededeling daarvan aan de afzender.

De Hoge Raad zal, doende wat het Hof had behoren te doen, bepalen dat een kopie van het geschrift alsnog wordt doorgezonden aan het Hoofd.'

e. *Bevoegdheid bestuursorgaan*

Ook de harde buitengrenzen van de bevoegdheid van het bestuursorgaan worden ambtshalve getoetst. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om fouten in de grondslag van mandaat of delegatie. Zie CRvB 15 januari 1998, AB 1998/188 en CRvB 17 maart 1998, AB 1998/187 (grondslag mandaat); ABR 6 januari 1997, JB 1997/25, AB 1997/86 en CRvB 25 maart 1997, JB 1997/91 (krachtens delegatie genomen beslissing op bezwaar was onbevoegd genomen).

Het geheel ontbreken van de bestuursbevoegdheid wordt natuurlijk ook ambtshalve getoetst. Zie ABR 15 april 1997, AB 1997, 305, waarin een besluit van de burgemeester om de voorgenomen exploitatie van een coffeeshop te verbieden werd vernietigd nadat de Afdeling ambtshalve had vastgesteld dat de burgemeester ten tijde van het bestreden besluit op basis van de APV niet meer over deze bevoegdheid beschikte. Inhoudelijke beoordeling van de grieven van appellant kon daarom achterwege blijven.

Ambtshalve toetsing van de bevoegdheidsvraag was ook aan de orde in ABR 22 mei 1997, JB 1997, 170, m.n. FAMS:

'Aangezien de aanwezigheid van een anticipatiebasis een direct uit de wet voortvloeiend vereiste is om tot het verlenen van een vrijstelling, als bedoeld in artikel 19 van de wro te kunnen overgaan, welke vereiste betrekking heeft op de bevoegdheidsverdeling tussen de gemeenteraad en burgemeester en wethouders en van wezenlijke betekenis is in het stelsel van de wro, dient de rechter, die tot een beoor-

deling van een geschil omtrent een vrijstelling, als hier aan de orde, is geroepen, ambtshalve na te gaan of aan dit vereiste is voldaan. Reeds in verband met dit aan het bestreden besluit klevende bevoegdheidsgebrek had de rechtbank het bestreden besluit, onder gegrondverklaring van het beroep moeten vernietigen.'

f. *Internationaal en communautair recht*

In diverse uitspraken toetst de rechter ambtshalve aan bepalingen van internationaal recht. Ter illustratie kan worden gewezen op CRvB 25 februari 1998, JB 1998, 61, m.n. AWH, waarin de Raad ambtshalve toetst of artikel 88h WAO zich verdraagt met de vereisten voor een eerlijk proces, zoals onder meer besloten liggen in een ieder verbindende verdragsbepalingen als artikel 6, eerste lid EVRM en artikel 14, eerste lid RVBPR.

In Vz. ABRS 17 februari 1998, RAWb 1998, 99, m.a. Widdershoven, toetst deze rechter ambtshalve of de verlening van een milieuvergunning in strijd was met het EG-recht, meer in het bijzonder met Richtlijn 85/337/EEG, betreffende de milieu-effectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten. De Voorzitter baseert de plicht tot ambtshalve toetsing op het EG-recht zelf. Omdat dit een ambtshalve toetsing zou voorschrijven, is hij van oordeel 'dat hij de vraag of voorafgaand aan het besluit tot vergunningverlening de mer-beoordelingsprocedure had moeten worden gevolgd ook ambtshalve kan beoordelen'.

Of de plicht tot ambtshalve toetsing werkelijk door het EG-recht wordt voorgeschreven, kan worden betwijfeld. Zie ons standpunt in paragraaf 2.3.2, alsmede de aantekening onder de uitspraak. De Hoge Raad in belastingzaken neemt een dergelijke plicht in elk geval niet aan. Zie Hoge Raad 17 april 1996, RAWb 1996, 76.

g. *Behoorlijkheid van de procedure in eerste aanleg*

De ambtshalve toetsing door de appèlrechters heeft regelmatig betrekking op de behoorlijkheid van de procedure in eerste aanleg. Bekend is de uitspraak van de ABRS van 20 maart 1995, AB 1995, 364, m.nt. AFMB, waarin de Afdeling ambtshalve vaststelde dat de eerste rechter een wob-zaak niet had mogen afdoen zonder kennis te nemen van de op de zaak betrekking hebbende stukken.

Ook de toepassing van artikel 8:57 (het achterwege laten van het onderzoek ter zitting) wordt door de appèlrechters regelmatig ambtshalve getoetst. Zie bijvoorbeeld CRvB 13 februari 1996, AB 1996, 170, m.nt. FP; CRvB 11 april 1996, AB 1996, 257, m.nt. PJS; CRvB 22 augustus 1997, AB 1997, 14, m.nt. FP. Wanneer vaststaat dat (een van de) partijen met het achterwege laten van de zitting niet hebben (heeft) ingestemd, wordt de uitspraak zonder meer vernietigd.

In CRvB 23 maart 1999, AB 1999, 318, RAWb 1999, 134, merkt deze rechter artikel 8:37 (verzending van bepaalde stukken bij aangetekende brief of bij brief met ontvangstbevestiging) aan als bepaling van openbare orde. Vervolgens wordt hieraan ambtshalve getoetst. De CRvB overwoog:

'Op grond van de hiervoor weergegeven feiten staat voor de Raad vast dat de uitnodiging voor de zitting van 19 augustus 1996 door de griffier van de Rb te Zwolle per gewone post en niet bij aangetekende brief of bij brief met ontvangstbevestiging is verzonden. Naar het oordeel van de Raad heeft de rechtbank door aldus te handelen miskend dat vorenbedoeld voorschrift van openbare orde, naar ook blijkt uit het hiervoor geciteerde gedeelte van de MvT, tot doel heeft voldoende zekerheid te scheppen dat de in het eerste lid van artikel 8:37 Awb expliciet genoemde stukken (in casu bedoelde uitnodiging) partijen ook feitelijk bereiken. Nu aan verzending per gewone post geen enkele waarborg kan worden ontleend op grond waarvan moet worden aangenomen dat bedoelde uitnodiging ter bestemde plaatse aankomt, heeft de rechtbank – gegeven ook de wetsgeschiedenis van dat artikel – gehandeld in strijd met het bepaalde in het eerste lid van artikel 8:37 Awb.'

Ook bepalingen betreffende de uitspraakbevoegdheden in eerste aanleg worden regelmatig ambtshalve door de appèlrechters getoetst. Zie bijvoorbeeld ABRs 4 juni 1996, RAWb 1996, 110, m.a. BdeW, waarin de Afdeling ambtshalve vaststelt dat de rechtbank niet had mogen overgaan tot (ook) de vernietiging van het primaire besluit.

Daarnaast kan worden gewezen op de opvatting van beide appèlrechters dat de rechtbanken ambtshalve onder ogen dienen te zien of er aanleiding is om tot een proceskostenveroordeling over te gaan. Zie ABRs 6 juni 1996, RAWb 1996, 114, m.nt. Bok, alsmede CRvB 25 augustus 1995, JB 1995, 242.

h. Omvang van geding in eerste aanleg

Ten slotte toetsen beide appèlrechters ambtshalve of de eerste rechter is gebleven binnen de grenzen van het geschil zoals die op grond van artikel 8:69, eerste lid Awb zijn bepaald.

Men ziet dit bijvoorbeeld in de – in paragraaf 4.3 reeds vermelde – uitspraak van de CRvB van 24 oktober 1997, JB 1997, 273, waarin de Raad ambtshalve toetsend vaststelt dat de rechtbank buiten de grenzen van het haar voorgelegde geschil is getreden door de kosten van het collectief vervoer mee te wegen in de oordeelsvorming omtrent het besluit tot beëindiging van een individuele vervoersvergoeding. Appellant had op het punt van de kosten geen grieven aangevoerd.

Zie ook CRvB 15 oktober 1998, AB 1999, 33, m.nt. HH, waarin de Raad ambtshalve oordeelt dat de rechtbank buiten de grenzen van het geding is getreden door te toetsen aan de artikelen 7:4 en 7:6 Awb, terwijl ter zake geen gronden waren aangevoerd.

Wat betreft de ABRs, kan worden gewezen op haar uitspraak van 19 maart 1999, RAWb 1999, m.a. Schueler, AB 1999, 205, m.a. MSV, waarin de Afdeling ambtshalve oordeelt dat de rechtbank in strijd met artikel 8:69, eerste lid Awb buiten de grenzen van het geschil is getreden door in een huursubsidiezaak te toetsen aan artikel 22, tweede volzin Wet individuele huursubsidie, terwijl appellanten ter zake niet hadden geklaagd. Zie voor andere voorbeelden ABRs 29 juli 1997, JB 1997/217 en ABRs 17 maart 1998, JB 1998/130.

Behalve door artikel 8:69, eerste lid Awb, wordt de omvang van het geschil ook bepaald door de artikelen 6:18 en 6:19 Awb. Ook deze toepassing in eerste aanleg wordt daarom in appèl ambtshalve getoetst. Zie voor voorbeelden het dossier-onderzoek (par. 5.4), alsmede CRvB 3 juli 1997, AB 1997, 330, m.nt. HH, waarin de Raad opmerkt:

'De Raad constateert vervolgens dat de rechtbank in de aangevallen uitspraak weliswaar melding heeft gemaakt van het besluit van 5 januari 1996, maar ten onrechte heeft nagelaten het besluit aan te merken als besluit in de zin van artikel 6:18 Awb en dienaangaande toepassing te geven aan artikel 6:19 Awb.'

Vervolgens merkt de Raad het betreffende besluit zelf aan als besluit in de zin van artikel 6:18 Awb en neemt het in de beoordeling mee.

Uit de rechtspraak valt tot nu toe niet duidelijk te destilleren of de hoger-beroeps-rechters (altijd) ambtshalve algemeen verbindende voorschriften indirect toetsen, dat wil zeggen of het voorschrift waarop het bestreden besluit berust, wordt getoetst aan een hoger voorschrift.

5.2.3 *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden*

Een uitspraak van de ABRS inzake ambtshalve aanvulling van rechtsgronden die door velen als standaarduitspraak wordt beschouwd, is de, kort na de Bentvelsen-uitspraak gewezen, uitspraak inzake Schaap/Zaanstad.¹⁵ De casus lag, kort samengevat, als volgt:

De zaak ging over een dakkapel op een woonhuis. Schaap is de buurman, die tegen de vergunningverlening opkwam. Nadat zijn bezwaren tegen de vergunning ongegrond waren verklaard, stelde hij beroep in bij de rechtbank. De rechtbank verklaarde het beroep gegrond en vernietigde het bestreden besluit, omdat het bouwplan in strijd was met het geldend bestemmingsplan. Daarop kwamen B en W van Zaanstad in hoger beroep. Zij voerden primair aan dat de rechtbank bij de aangevallen uitspraak in strijd met artikel 8:69 Awb buiten de grenzen van het geschil was getreden, door zich niet te beperken tot de door Schaap in zijn beroepschrift neergelegde grieven. Want Schaap had in zijn beroep bij de rechtbank uitsluitend de welstandsaspecten van het bouwplan bestreden, aldus B en W. Strijd met het bestemmingsplan had hij niet aangevoerd. Ter zitting hebben B en W verder betoogd dat de rechtbank ten onrechte strijd met het bestemmingsplan heeft aangenomen.

15. ABRS 8 augustus 1996, AB 1996/481, m.nt. PvB; JB 1996, 198, m.nt. MAH; RAWb 1996, 129, m.a. Widdershoven; Gemeentestem nr. 7045 (1996), 7, m.nt. Teunissen; AB-Klassiek 1997, nr. 40, bewerkt door Brenninkmeijer. Zie voorts De Waard 1998, waaraan onderstaande samenvatting is ontleend.

De ABRs overweegt als volgt:

'De Afdeling wijst erop dat, anders dan appellanten, B en W van Zaanstad menen dat niet uitsluitend het beroepsschrift bepalend is voor de omvang van het geschil. Gelet op artikel 8:69, eerste lid voornoemd, zijn tevens relevant de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Hoewel Schaaap in zijn beroepsschrift noch overigens uitdrukkelijk strijd met het bestemmingsplan heeft aangevoerd en dit punt door de rechtbank ter zitting niet aan de orde is gesteld, is de Afdeling van oordeel dat, waar de handhaving van een verleende bouwvergunning is bestreden, de toetsing van het bouwplan aan het ter plaatse geldende bestemmingsplan niet achterwege kan blijven. Het betreft hier immers een in artikel 44 Woningwet opgenomen dwingende weigeringsgrond. De rechtbank heeft dan ook terecht onderzocht of het bouwplan in overeenstemming is met het bestemmingsplan en aldus in overeenstemming met het tweede lid van artikel 8:69 Awb de rechtsgronden aangevuld.

In dit kader had het uit een oogpunt van een goede procesorde op de weg van de rechtbank gelegen de toepassing van het relevante bestemmingsplanvoorschrift ter zitting uitdrukkelijk aan de orde te stellen.

Uit het proces-verbaal met aangehechte pleitnotities van de desbetreffende zitting valt niet af te leiden dat dit is gebeurd. De Afdeling ziet daarin evenwel geen aanleiding om tot vernietiging van de aangevallen uitspraak over te gaan, omdat appellanten ter zitting desgevraagd hebben aangegeven dat zij zich door de nalatigheid van de rechtbank niet in hun belangen geschaad achten, nu de uitleg van het bedoelde planvoorschrift bij de Afdeling alsnog aan de orde komt en zij hun visie daarop alsnog kunnen geven.'

Deze uitspraak is om verschillende redenen van belang.

In de eerste plaats lijkt de ABRs hier op de klassieke lijn te zitten door de vordering, zijnde de vernietiging van het bestreden besluit (in casu bestrijding van de handhaving van een verleende bouwvergunning), centraal te stellen. *Ius curia novit*, de rechter kent het recht en vult zelf ambtshalve aan wat kan bijdragen tot die vernietiging. Ambtshalve toetsing en ambtshalve aanvulling van rechtsgronden vallen op dit punt dan grotendeels samen. De vraag rijst waarom de ABRs in deze zaak zich uitdrukkelijk baseert op het tweede lid van artikel 8:69 (ambtshalve aanvulling van rechtsgronden), terwijl ter zake van mogelijke strijd met het bestemmingsplan bij de rechtbank geen gronden waren aangevoerd. Dat duidt toch meer op ambtshalve toetsing. In een latere uitspraak – die in paragraaf 5.2.1 reeds is vermeld – toetst de ABRs wel uitdrukkelijk ambtshalve aan de bepalingen van het bestemmingsplan. De vraag rijst dan vervolgens waarom in die casus wel en in Schaaap/Zaanstad niet ambtshalve toetsing is toegestaan.

In de tweede plaats is het opmerkelijk dat de ABRs wel de dwingende weigeringsgrond 'strijd met het bestemmingsplan' ambtshalve aanvult/toetst, maar zulks niet doet voor de wettelijk toch even dwingende grond 'strijd met de Bouwverordening'. In dit verband kan worden gewezen op de – in paragraaf 4.5.3.1 reeds vermelde – uitspraak van de ABRs van 13 juli 1999, waarin de Afdeling het niet toestond dat appellant pas in hoger beroep de mogelijke strijdigheid met de

Bouwverordening aanvoerde. Kennelijk hoefde de rechtbank deze grond niet ambtshalve aan te vullen.

Een derde punt dat de aandacht vraagt is het verschil in toetsing tussen Schaap/Zaanstad (wel ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, in casu de dwingende weigeringsgrond van artikel 44 Woningwet) en de Bentvelsenzaak (verbod van ambtshalve toetsing aan de hoorplichtbepaling van artikel 7:2, eerste lid Awb). Alleen geeft daarvoor de volgende verklaring:¹⁶

'In het verleden vulde de rechter ambtshalve alle gronden aan die tot vernietiging van het bestreden besluit konden leiden. In het Awb-tijdperk beperkt de ambtshalve toetsing door de rechter (afgezien van formele voorschriften van openbare orde) zich tot de gronden die tot honorering van de materiële aanspraak van de belanghebbenden leiden. Anders gezegd: de ambtshalve toetsing door de bestuursrechter staat in dienst van de materiële geschillenbeslechting.'¹⁷

Wellicht heeft een dergelijke verklaring in het achterhoofd van de ABRs gezeten bij het doen van de betreffende uitspraken. De vraag is echter of aldus geen erg scherp onderscheid wordt gecreëerd tussen formeel recht (het Awb-recht) en materieel recht (de bijzondere bestuurswetgeving). Het lijkt wat ver te gaan dat uitsluitend het materiële recht relevant wordt geacht voor materiële geschillenbeslechting. Het niet of niet correct naleven van formele voorschriften kan ook van directe invloed zijn op de inhoud van het besluit.

Behalve strijd met het bestemmingsplan zijn er op het terrein van de ruimtelijke ordening ook andere rechtsgronden die volgens de ABRs ambtshalve moeten worden aangevuld. In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de ABRs van 28 januari 2000.¹⁸

Het geschil betreft een positieve reactie van B en W van Amstelveen op de melding van het voornemen van NZH Infra B.V. tot het bouwen van twee abri's aan de Meander, nabij het busstation, onder verlening van vrijstelling van het 'Uitwerkingsplan Stadshart Stadsplein en omgeving'. De rechtbank heeft het door Publex ingestelde beroep gegrond verklaard en uitgesproken dat de gemelde bouwwerken geen bouwwerken zijn als bedoeld in het Besluit meldingsplichtige bouwwerken, zodat voor het oprichten hiervan een bouwvergunning is vereist. B en W gaan tegen de uitspraak van de rechtbank in hoger beroep. De relevante overweging van de ABRs luidt:

'2.2 De Afdeling volgt appellanten evenmin in hun betoog dat de rechtbank buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil is getreden. Hoewel Publex in de procedure bij de rechtbank niet heeft aangevoerd dat de abri's geen meldingsplichtige bouwwerken betreffen, heeft de rechtbank dit terecht onderzocht. Het beroep

16. Alleen 1998, p. 296. Zie over deze bijdrage ook par. 5.3.

17. Vervolgens voegt hij daaraan toe: 'Met de vaststelling dat de bestuursrechter binnen de grenzen van het geschil ambtshalve het materiële recht toepast, vervalt de noodzaak om onderscheid te maken tussen ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden en ambtshalve toetsing.'

18. ABRs 28 januari 2000, JB 2000/57, m.nt. FAMS.

van Publex was immers gericht op vernietiging van de besluiten van 12 november 1996, waarbij appellanten de door NZH gedane meldingen voor het oprichten van tweeabri's hebben geaccepteerd. De rechtbank diende op grond van artikel 8:69, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht de rechtsgronden aan te vullen.'

Ook bij deze uitspraak kan de vraag worden opgeworpen of de ambtshalve uitbreiding niet als ambtshalve toetsing had kunnen worden aangemerkt. Evenals het geval was in de in paragraaf 5.2.2.3 opgenomen uitspraak van de ABRS van 22 mei 1997 – waarin de ABRS wel sprak van ambtshalve toetsing – is er in casu immers een nauw verband met de bevoegdheidsvraag.

Niet alle vormen van ambtshalve aanvullen van rechtsgronden door de ABRS liggen overigens op het grensvlak van ambtshalve toetsing. Een voorbeeld van 'zuivere' ambtshalve aanvulling van rechtsgronden biedt een uitspraak van de ABRS van 10 februari 1997.¹⁹ Betrokkene had aangevoerd dat een in de Leidse parkeerverordening gemaakt onderscheid naar leeftijd strijd oplevert met artikel 1 Grondwet. De Afdeling oordeelde dat de rechtbank door de verordening tevens te toetsen aan artikel 14 EVRM en 26 IVBPR niet buiten de grenzen van het geschil was getreden.

Ook bij de CRvB liggen het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden en ambtshalve toetsing soms dicht bij elkaar. In dit verband kan worden gewezen op een uitspraak van de CRvB van 15 december 1999,²⁰ waarin de ambtshalve 'toepassing' van een EG-verordening aan de orde was.

Het hoger beroep betrof de vraag of de rechtbanken terecht aan hun uitspraak mede ten grondslag hadden gelegd een ambtshalve beoordeling van de bevoegdheid tot het doen verrichten van een medische keuring door het Lisv, een bevoegdheid die werd bepaald door artikel 40 en 51 van EG-Verordening 574/72. De Raad overweegt:

'dat kan worden vastgesteld dat de betrokkene de waarde en de uitkomsten van het medisch onderzoek in Nederland heeft aangevochten. Gelet op het voorschrift van artikel 8:69, tweede lid Awb, kon de rechtbank zich gehouden achten bij de behandeling van de geschilpunten de vraag te betrekken of er een bevoegdheid tot het instellen van een medisch onderzoek bestond.'

Hoewel het derhalve ging om een kwestie van bestuursbevoegdheid – een kwestie die doorgaans ambtshalve wordt getoetst (zie par. 5.2.2.3) – werd deze toch gebracht onder het aanvullen van rechtsgronden in de zin van artikel 8:69, tweede lid Awb. Bovendien valt op dat de CRvB, anders dan de Voorzitter van de Afdeling in zijn uitspraak van 17 februari 1998 (zie par. 5.2.2.2), het ambtshalve aanvullen van communautaire rechtsgronden baseert op nationaal recht, namelijk artikel 8:69, tweede lid Awb en niet op het EG-recht zelf.

19. ABRS 10 februari 1997, JB 1997/85.

20. CRvB 15 december 1999, RAwb 2000/77, m.a. Widdershoven.

Voor het overige ligt bij de CRvB het aanvullen van rechtsgronden – dat overigens maar zelden met zoveel woorden plaatsvindt – minder vaak op het grensvlak met ambtshalve toetsing dan bij de ABRS. Een mogelijke reden zou kunnen zijn de soms wat extensievere interpretatie van de gronden door de CRvB. Deze rechter loopt daardoor minder snel tegen de grenzen van het geding aan. Deze niet al te strikte benadering in de sfeer van de formele gronden ziet men bijvoorbeeld in een uitspraak van de CRvB van 27 mei 1998.²¹

Betrokkene heeft gesteld dat het bestuursorgaan, de Sociale Verzekeringsbank, in strijd heeft gehandeld met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur omdat verzuimd is gebruik te maken van de mogelijkheid de hoorzitting te houden op de Nederlandse ambassade in Paramaribo. De rechtbank heeft deze stelling verworpen. De rechtbank overwoog:

'Nu de wet geen andere eis stelt dan dat betrokkene in de gelegenheid moet worden gesteld te worden gehoord en eiser voorts de mogelijkheid had om zich bij verhindering om welke reden dan ook, te laten vertegenwoordigen op een (eventuele) hoorzitting, op welke mogelijkheid verweerder hem heeft gewezen, is verweerder naar het oordeel van de rechtbank door het stellen van de voorwaarde een (eventuele) hoorzitting te doen laten plaatsvinden op verweerders kantoor in Amsterdam, niet in strijd gekomen met de wet of met enig beginsel van behoorlijk bestuur.'

Niettemin was de rechtbank van oordeel dat het bestreden besluit anderszins wel voor vernietiging in aanmerking kwam. Blijkens de laatste zin van verweerders brief aan betrokkene is de mogelijkheid voor betrokkene om zich te doen horen afhankelijk gesteld van het vereiste dat hij binnen vier weken op genoemde brief zou reageren. Volgens het oordeel van de rechtbank toepasselijke jurisprudentie is het met artikel 7:2, eerste lid en artikel 7:3 Awb weliswaar verenigbaar dat wordt geïnformeerd of de indiener van een bezwaarschrift daarover wenst te worden gehoord, maar mag dat er niet toe leiden dat het bieden van de gelegenheid zich te laten horen afhankelijk wordt gesteld van een niet in de wet voorziene formaliteit zoals in casu het binnen een bepaalde termijn reageren op verzoeken van verweerder om contact op te nemen.

Ter zitting van de Raad heeft de Sociale Verzekeringsbank nog aangevoerd dat de rechtbank, door het beroep gegrond te verklaren wegens schending van artikel 7:2 van de Awb, buiten de grenzen van het aan haar voorgelegde geschil is getreden.

'De Raad deelt die zienswijze niet. In de eerste plaats heeft gedaagde gesteld dat terzake van het horen in de bezwaarprocedure rechtsnormen zijn overtreden. Door te onderzoeken of bij het horen de toepasselijke voorschriften zijn nageleefd, heeft de rechtbank niet meer gedaan dan haar bij artikel 8:69, eerste en tweede lid, van de Awb is opgedragen.'

21. CRvB 27 mei 1998, RAwb 1998, 147, m.a. BdeW.

Een vergelijking met de Bentvelsenzaak dringt zich op. Annotator De Waard merkt hierover op:

'Een wezenlijk verschil tussen beide zaken is natuurlijk, dat in 'Bentvelsen en Zoon' de appellant helemaal geen klacht had geuit over het (niet) horen in de bezwaarfase, terwijl betrokkene in de onderhavige zaak dat wel had gedaan. Vanuit een oogpunt van rechtsbescherming acht ik het een goede zaak dat de Centrale Raad de grenzen van het geschil niet al te eng wenst te trekken: als de strekking van de klacht is, dat betrokkene niet op goede wijze in de gelegenheid is gesteld te worden gehoord, dan mag (moet?) de bestuursrechter mede toetsen aan de wettelijke vereisten die beogen het op een goede wijze horen te garanderen: zelfs als dat een vernietigingsgrond oplevert die niet is aangevoerd.'

5.2.4 Ambtshalve aanvulling van feiten

Wat betreft het ambtshalve aanvullen van feiten valt in de jurisprudentie vooral op dat de CRvB nogal eens gebruikmaakt van artikel 8:47 Awb (het benoemen van een deskundige, veelal een medicus) teneinde op het punt van de feitenvaststelling een knoop te kunnen doorhakken, terwijl bij de ABRS als appelrechter hiervan (vrijwel) nooit sprake is. Een willekeurig voorbeeld van het inschakelen van een deskundige door de CRvB in appel biedt diens uitspraak van 14 juni 2000,²² waarin de 'Raad een orthopedisch chirurg heeft verzocht appelland te onderzoeken en van verslag en advies te dienen'.

5.2.5 Conclusie

Met de invoering van de Awb is in de rechtspraak het onderscheid tussen het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden en ambtshalve aanvulling ingevoerd. Ambtshalve aanvulling vindt plaats binnen de grenzen van het geschil zoals bepaald op grond van artikel 8:69, eerste lid Awb en kan derhalve niet leiden tot een reformatio in peius. Ambtshalve toetsing heeft zowel in eerste aanleg als in appel in elk geval betrekking op de zogenoemde bepalingen van openbare orde en kan in zoverre wel leiden tot een reformatio in peius. Als bepalingen van openbare orde worden in elk geval aangemerkt bepalingen omtrent ontvankelijkheid en bevoegdheid (van rechter en bestuursorgaan), de behoorlijkheid van de procedure in eerste aanleg en de omvang van geding in eerste aanleg. De (procedurele) Awb-bepalingen betreffende de bestuurlijke (bezwaren)fase zijn niet van openbare orde.

Het onderscheid tussen ambtshalve aanvulling en ambtshalve toetsing wordt door de appelrechters niet altijd even scherp, casu quo op dezelfde wijze gemaakt. Wat betreft de ABRS, kan worden gewezen op een aantal zaken in de sfeer van de ruimtelijke ordening, waarbij de ambtshalve 'uitbreiding' van het geschil met kwesties als de toetsing aan het bestemmingsplan, van de anticipatiegrondslag van een vrijstelling en van de noodzaak van een melding de ene keer wordt aan-

22. CRvB 14 juni 2000, AB 2000/405, m.nt. FP.

gemerkt als ambtshalve aanvullen, de andere keer als ambtshalve toetsing. Opmerking verdient wel, dat deze 'uitbreiding' steeds in lijn is met de vordering van appelland en dat zij dus achterwege blijft wanneer zij zou leiden tot een reformatio in peius.

5.3 LITERATUUR

5.3.1 *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*

Hoewel de wijze waarop deze rechterlijke verplichting tot ambtshalve aanvullen van rechtsgronden als bedoeld in artikel 8:69, tweede lid Awb door de diverse auteurs wordt geformuleerd, wel enigszins uiteenloopt, bestaat er materieel overeenstemming: de rechter moet in beginsel ambtshalve al het recht toepassen op geding zoals dat volgens de desbetreffende auteur is afgebakend. Omdat de wijze waarop het geding is afgebakend bij de diverse auteurs echter uiteenloopt (zie par. 4.3.3), is er toch een verschil in de toepassing van de verplichting tot het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden. Namelijk, naarmate het geding verder is beperkt, valt er voor de rechter minder ambtshalve aan te vullen.

- De Waard:²³ De rechter moet ambtshalve aanvullen wanneer een grief is aangevoerd, maar onbeholpen is geformuleerd (vertalen in rechtsgronden) en wanneer een materiële grief niet is aangevoerd, maar past in de strekking van hetgeen appelland met het beroep wenst te bereiken.
- Allewijn:²⁴ Wat betreft materiële gebreken: wat betreft het bestreden onderdeel moet de rechter volledig ambtshalve toetsen, casu quo moet hij het recht toepassen. Redenen: dwingendrechtelijk karakter van het materiële bestuursrecht; de erga omnes-werking van de uitspraak; om te voorkomen dat partijen voor de zekerheid allerlei mogelijke grieven naar voren moeten brengen.
- Schlössels:²⁵ Binnen de grenzen van het geding moet de rechter de feitelijke gronden vertalen in rechtsgronden. Daarbij moet de rechter nauwkeurig nagaan wat appelland met een bepaalde grond heeft bedoeld en waar de grenzen liggen van de grond. In het kader van de aanvulling van rechtsgronden vindt ook de exceptieve toetsing aan hoger recht plaats.
- Bolt:²⁶ De rechter past het recht toe waarop de indiener van het beroepschrift, gelet op de door hem gestelde feiten en omstandigheden, geacht wordt beroep te hebben gedaan.
- Schreuder-Vlasblom:²⁷ Binnen het geding, zoals dat volgens haar opvatting is beperkt (zie hoofdstuk 4), moet de rechter de 'bezwaren' van de aanlegger in hoger beroep omzetten in rechtsgronden, casu quo vertalen in termen van recht.

23. De Waard 1998, p. 70.

24. Allewijn 1998, p. 295-296.

25. Schlössels 1999, p. 12-14.

26. Bolt 1999, p. 646.

27. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 126.

Is het geding in (hoger) beroep vrijwel niet beperkt, dan valt het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden samen met ambtshalve toetsing. Dit ziet men bijvoorbeeld in de opvatting van De Bock.²⁸ Volgens haar moet de rechter binnen de (zeer ruime) grenzen van het geding in (hoger) beroep – in eerste aanleg is alleen de vordering beperkend; in hoger beroep geldt het uitgangspunt van volledige herkansing – aan alle rechtsregels, casu quo aan het recht toetsen. Het gaat daarbij niet alleen om rechtsgronden van openbare orde, maar om alle rechtsgronden. Het begrip openbare orde heeft alleen betekenis omdat de toetsing hieraan kan leiden tot een reformatio in peius. Aanvulling van rechtsgronden die niet van openbare orde zijn, dient achterwege te worden gelaten wanneer dat zou leiden tot een reformatio in peius.

Volgens Kooper moet de rechter binnen het geding (zoals dat in zijn opvatting in eerste aanleg is afgebakend door de vordering en de feitelijke grondslag) zelfstandig het objectieve recht toepassen.²⁹ Het gaat daarbij om al het objectieve recht, inclusief internationaal recht, verordeningen van decentrale overheden, et cetera. Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden is meer dan het vertalen van de argumenten van appellant in juridisch correcte termen, maar omvat het gehele objectieve recht. Het aanvullen kan daarom – volgens Kooper – in beginsel zowel ten voordele als ten nadele van appellant uitvallen.³⁰ Een reformatio in peius kan veelal worden voorkomen door de beperking van de vordering en door beperking van de feitelijke grondslag tot de echte pijnpunten. Lukt dit voorkomen hierdoor niet, dan moet de rechter niettemin in tweepartijengeschillen het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden achterwege laten, omdat de wetgever dit heeft gewenst.

5.3.2 *Ambtshalve toetsing (openbare orde)*

Van ambtshalve toetsing is sprake wanneer de rechter rechtsregels toepast buiten de grenzen van het geding zoals die in eerste aanleg (par. 4.3) en appèl (par. 4.4 en 4.5) zijn getrokken. Volgens vrijwel alle auteurs die een beperking van het geding bepleiten die verder gaat dan de vordering, vindt ambtshalve toetsing plaats aan bepalingen van openbare orde. Accepteert men deze beperking niet, zoals De Bock, dan valt ambtshalve toetsing samen met het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden. Aan de categorie 'bepalingen van openbare orde' heeft men ook dan behoefte, namelijk omdat toepassing hiervan kan leiden tot een reformatio in peius.³¹ Zie reeds hiervoor, paragraaf 5.3.1.

Over de omschrijving van het begrip 'bepalingen van openbare orde' bestaat langzamerhand overeenstemming. Schreuder-Vlasblom, Hoogenboom, Bolt en Schlössels komen allen uit op de volgende of een vergelijkbare definitie:³² bepa-

28. De Bock 1999, p. 1155.

29. Kooper 2000, p. 174.

30. Kooper 2000, p. 174.

31. De Bock 1999, p. 1154.

32. Respectievelijk Schreuder-Vlasblom 1998a, p. 123 en 2001a, p. 130; Hoogenboom 1998, p. 131; Bolt 1999, p. 654 en Schlössels 1999, p. 16.

lingen waarvan de betekenis voor de rechtsorde zo groot is dat hun gelding moet worden verzekerd, ongeacht de wil, kennis of het belang van partijen; zij staan derhalve niet ter vrijer beschikking van partijen. Bovendien is volgens alle auteurs van belang dat de rechterlijke plicht tot ambtshalve toetsing aan deze bepalingen prevaleert boven het verbod van reformatio in peius.

Overeenstemming is er eveneens dat allerlei bepalingen betreffende de bestuurlijke besluitvorming niet van openbare orde zijn. Over de vraag welke bepalingen wel van openbare orde zijn, bestaat voor een groot deel, maar niet helemaal duidelijkheid. Volgens alle auteurs zijn van openbare orde:

- regels inzake de toegang tot de rechter (ontvankelijkheid en bevoegdheid);
- grondregels van een behoorlijk proces in eerste aanleg, waarbij met name moet worden gedacht aan regels in verband met het beginsel van gelijke kansen (bijv. van de zitting kan alleen worden afgezien met instemming van partijen). Daaraan kunnen worden toegevoegd procedurele bepalingen in eerste aanleg als: bij gegrondverklaring van het beroep volgt vernietiging;
- artikel 8:69: is de omvang van het geding in eerste aanleg correct vastgesteld?;
- evidente schendingen van de harde buitengrenzen van de bestuursbevoegdheid. Denk aan besluitvorming door een onbevoegd orgaan, het ontbreken van mandaat of anticipatie zonder formele grondslag.

Schreuder-Vlasblom voegt hieraan nog twee categorieën toe.³³ In de eerste plaats is dat het materieel bestuursrecht voorzover het gaat om normen die kwetsbare, weinig weerbare belangen beschermen. Daarnaast noemt zij normen waarvan de naleving cruciaal is voor de integriteit van het openbaar bestuur. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan artikel 2:4 (onpartijdigheid). Schlössels merkt overigens op dat naar zijn opvatting alle beginselen van behoorlijk bestuur tot deze categorie kunnen worden gerekend.³⁴

Kooper volgt een andere lijn.³⁵ In de eerste plaats spreekt hij van *kwesties van openbare orde en niet van bepalingen van openbare orde*; de toepassing hiervan valt onder de ambtshalve aanvulling van feiten in de zin van artikel 8:69, derde lid Awb. Achtergrond van zijn opvatting is, dat deze toepassing een uitbreiding van de grondslag van het geding betekent. Aangezien de grondslag principieel van feitelijke aard is (zie par. 4.3.3), is de uitbreiding hiervan met kwesties van openbare orde ook een feitelijke aangelegenheid. Door deze kwesties onder 8:69, derde lid Awb te schuiven, een bepaling die in Rv geen pendant heeft – de civiele rechter is immers in beginsel gebonden aan de door partijen aangevoerde feiten – schept Kooper de mogelijkheid om bij de ambtshalve uitbreiding van de feitelijke grondslag in het bestuursrecht verder te gaan dan in het civiele recht. Hij onderscheidt vervolgens drie wijzen van ambtshalve uitbreiding, waarvan de tweede en derde in het civiele recht niet voorkomen.

33. Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 131.

34. Schlössels 1999, p. 17.

35. Kooper 2000, p. 174-177.

a. De ambtshalve toetsing in enge zin: deze wordt verricht tegen de eenparige wil van partijen, kan leiden tot een 'echte' reformatio in peius in tweepartijenrelaties en wordt niet beperkt door de vordering. Deze beperking wordt alleen toegepast bij de bewaking van de staatsrechtelijke grenzen van de rechtsbescherming. Hieronder vallen: vragen van bevoegdheid en ontvankelijkheid, de bewaking van de grenzen van de rechtsstrijd en de controle van de identiteit van partijen. Onder bevoegdheid valt ook de bevoegdheid van het bestuursorgaan (onbevoegd orgaan, anticipatie zonder formele grondslag). Vanwege de partijstelling vallen ook publicatievereisten eronder.

b. Ambtshalve uitbreiding van de feitelijke grondslag met prealabele kwesties die de bestuursrechter zo nodig tegen de wil van partijen onderzoekt, maar waarbij het verbod van reformatio in peius wordt geëerbiedigd. Bijvoorbeeld: is een op inhoudelijke gronden bestreden melding of vrijstelling rehtens wel vereist? Of: een door een derde aangevochten welstandsoordeel wordt pas getoetst, nadat de rechter zich heeft georiënteerd op het bestemmingsplan; de welstandstoetsing moet zich immers voegen naar de (prealabele) kwestie of de planwetgever het bouwwerk wel mogelijk heeft willen maken (Schaap-Zaanstad). Als redenen voor dit rechterlijk ingrijpen in de feitelijke grondslag wijst Kooper in de eerste plaats op het feit dat het in het bestuursrecht gaat om de materiële waarheid in verband met de betrokkenheid van het algemeen belang en de erga omnes-werking van de uitspraak. Voorts wijst hij op belangen van derden in eventuele vervolgprocedures.

c. Ambtshalve uitbreiding van de feitelijke grondslag met kwesties van verdrags- en gemeenschapsrecht. Nu een dergelijke uitbreiding kennelijk kan geschieden bij prealabele kwesties, moet zulks in verband met het uitgangspunt van Van Schijndel (par. 2.3.2) ook met betrekking tot het EG-recht geschieden. Indien nodig moet de bestuursrechter daartoe ambtshalve de feiten aanvullen.

5.3.3 *Ambtshalve aanvullen van feiten*

Aan deze bevoegdheid wordt in de literatuur niet veel aandacht besteed. Volgens Kooper heeft artikel 8:69, derde lid Awb behalve op de aanvulling van de feitelijke grondslag (zie par. 5.3.1) ook betrekking op de overige feiten en omstandigheden, die van belang zijn voor de beoordeling van het geschil binnen het door de grondslag bepaalde kader.³⁶ De rechter is bevoegd de door partijen gepresenteerde massa feiten en omstandigheden aan te vullen met gegevens die hij nodig heeft om de partijstandpunten goed – namelijk zo veel mogelijk in overeenstemming met de materiële waarheid – te kunnen beoordelen. Daarnaast kan de bestuursrechter ambtshalve de feiten aanvullen om toepassing te kunnen geven aan de ambtshalve uitbreiding van de feitelijke grondslag van het geding als bedoeld in paragraaf 5.3.2.

36. Kooper, p. 177.

Voor het overige constateert bijvoorbeeld Bolt dat van de bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen onder de Awb minder vaak gebruik wordt gemaakt dan vóór 1994.³⁷ Daarnaast wordt door De Bock verwezen naar de opvattingen omtrent het ambtshalve feitenonderzoek van Wulffraat-van Dijk.³⁸ Principiële verhandelingen over de vraag wanneer de appèlrechter van deze bevoegdheid gebruik moet maken, zijn niet aangetroffen.

5-4 DOSSIERONDERZOEK

Het beeld van de ambtshalve activiteiten van de appèlrechters uit het dossieronderzoek komt in hoge mate overeen met dat uit de jurisprudentie. In diverse uitspraken wordt door appèlrechters ambtshalve getoetst, waarbij de betreffende bepalingen soms wel, maar meestal niet als van openbare orde worden aangemerkt (par. 5.4.1). Daarnaast worden in een aantal dossiers de rechtsgronden en/of feiten ambtshalve aangevuld (par. 5.4.2).

5.4.1 *Ambtshalve toetsing en bepalingen van openbare orde*

De diverse bepalingen waaraan blijkens het jurisprudentie-onderzoek ambtshalve wordt getoetst, komen ook in de casus uit het dossieronderzoek aan de orde.

a. *Besluit en belanghebbende*

In ABR 13 januari 2000, Hoi.99.0412 vindt ambtshalve toetsing van de belanghebbendheid van appellant plaats.

Opheffing markt. Brief met mededeling dat sollicitatienummers voor de markt zijn vervallen. Verscheidene marktkooplui in beroep bij de Rb.

Rb. ambtshalve: Appellante sub 1 is niet-ontvankelijk, want geen belanghebbende. Haar echtgenoot stond op de sollicitatielijst; deze is echter overleden. Appellante is wel rechtsopvolger onder algemene titel, maar ingevolge Marktverordening valt de inschrijving bij overlijden.

ABR: Appellante sub 1 had door de Rb. wél als belanghebbende moeten worden aangemerkt, nu haar man stelde schade te hebben geleden. In dit opzicht zijn ook de erven belanghebbend.

Ambtshalve toetsing van het besluitkarakter van de bestreden beslissing was aan de orde in ABR 12 mei 2000, 199903168/1.

Weigering medewerking ex artikel 18a WRO te verlenen voor de bouw van een berging bij een zomerhuis. Beroep bij de Rb. ongegrond verklaard. Hoger beroep.

37. Bolt 1999, p. 651.

38. Wulffraat-van Dijk 1995.

ABRS: 'De Afdeling dient *ambtshalve* na te gaan, of de brief van burgemeester en wethouders van 1 oktober 1998 (waarin medewerking werd geweigerd) een beschikking als bedoeld in artikel 1:3, tweede lid Awb bevat.

Bij brief van 16 september 1998 heeft appellant burgemeester en wethouders verzocht of zij bereid zijn met toepassing van artikel 18a van de WRO medewerking te verlenen aan de bouw van een berging bij zijn zomerhuis. Een formeel verzoek om toepassing van deze bepaling dient echter plaats te vinden op de wijze als volgt uit artikel 42, eerste lid, aanhef en onder a van de Woningwet en artikel 8, vierde lid van die wet. De brief van 16 september 1998 behelst niet een zodanig verzoek doch slechts een verzoek om een principe-uitspraak omtrent de toepassing van artikel 18a van de WRO met het oog op de bouw van een berging bij het zomerhuis. Ook overigens was er geen bouwvraag ingediend. Het in de brief van burgemeester en wethouders van 1 oktober 1998 gegeven antwoord op de brief van 16 september 1998 bevat derhalve geen mededeling die op enig rechtsgevolg is gericht. Ook overigens bevat de brief van 1 oktober 1998 geen mededeling die op enig rechtsgevolg is gericht.'

Volgt vernietiging van de b.o.b., omdat appellant daarin ten onrechte was ontvangen in zijn bezwaar.

b. Bevoegdheid rechtbank

Kwesties gerelateerd aan de bevoegdheid van de rechtbank worden door de appèlrechters, als zijnde van openbare orde, *ambtshalve* getoetst. Zie bijvoorbeeld:

CRvB 3 juli 1997, Awb 96/1612 MAWKMA 192 (Militaire Ambtenarenwet). Primair besluit A, inhoudende afwijzing beoordelingsverzoek. Daartegen bezwaar ingesteld. Bij beslissing op bezwaar tevens primair besluit B genomen: opnieuw afwijzing nieuw beoordelingsverzoek. Rechtbank: beroep ongegrond. Handhaving besluiten A en B.

CRvB (*ambtshalve* en buiten hoger-beroepschrift om): Ten aanzien van het tweede beoordelingsverzoek is slechts een primair besluit B voor handen. Er heeft geen heroverweging plaatsgevonden. Rechtbank heeft zich ten onrechte bevoegd geacht om van het beroep kennis te nemen en besluit B te toetsen. Aangezien de bevoegdheid van de rechtbank van openbare orde is, uitspraak vernietigd. Deze uitspraak biedt een schoolvoorbeeld van een *ambtshalve* toetsing, onafhankelijk van de wil van partijen.

ABRS 12 juni 1997, HO1.95.0610. Vergunning om werkzaamheden aan een monument te verrichten.

Rb.: Beroep ingesteld bij de Rb. in plaats van eerst bezwaar in te dienen. Dit echter veroorzaakt door een onjuiste rechtsmiddelve melding in het besluit. Rb. verklaart zich onbevoegd. Doorzending aan staatssecretaris, teneinde als bezwaarschrift in behandeling te nemen (art. 6:15 Awb). Vergoeding griffierecht door staatssecretaris gelast; proceskostenveroordeling staatssecretaris.

De staatssecretaris vecht deze laatste twee beslissingen aan bij de ABRs, met de stelling, dat hem op het moment dat de rechtsmiddelve melding werd gedaan geen ver-

wijt te maken was dat deze onjuist was, aangezien de Leemtetwet Awb – in werking getreden na het primaire besluit – in deze kwestie pas duidelijkheid zou hebben verschaft.

ABRS: 'De Afdeling merkt over dit laatste op dat in de bepalingen van de Aanpassingswet 1 Awb (Stb. 1992, 422) niet voorzien is in een van artikel 7:1, eerste lid Awb afwijkende regeling. (...) De Afdeling is voorts van mening dat de bij appellant bestaande onduidelijkheid, wat daarvan ook zij, voor zijn rekening en risico dient te blijven.'

De Aanpassingswet Awb 1 wordt ambtshalve door de ABRs in het geding gebracht, aangezien de staatssecretaris daarover niet had gerept.

c. *Omvang van geding in eerste aanleg*

Regelmatig wordt door de appelrechters ambtshalve getoetst of de rechter in eerste aanleg binnen de omvang van het geding is gebleven. Daarbij gaat het in de eerste plaats om de toepassing van artikel 8:69 Awb.

Zie ABRs 14 maart 2000, H01.99.0603. Appellant had een koninklijke onderscheiding aangevraagd. Deze was niet verleend. Vervolgens verzoekt appellant, op grond van de Wob, inzage in het dossier inzake de weigering. Tevens verzoekt hij om in het bezit te worden gesteld van de beslissing om hem geen koninklijke onderscheiding te verlenen.

In bezwaar – tijdens de hoorzitting – heeft appellant tevens nog bezwaar gemaakt tegen het feit dat hem überhaupt geen onderscheiding is verleend. Minister: dit laatste bezwaar is niet-ontvankelijk, al om de eenvoudige reden dat de bezwaartermijn tegen de weigering van de onderscheiding inmiddels is overschreden en de weigering dus formele rechtskracht heeft gekregen.

ABRS: 'De Afdeling merkt in de eerste plaats op dat de omvang van het hier aan de orde zijnde geschil wordt begrensd door het [primaire] verzoek van appellant. Afgezien hiervan is de Afdeling met de rechtbank van mening dat uit het bezwaar van appellant van 25 maart 1997, zoals aangevuld bij brief van 26 mei 1997, niet blijkt dat dit tevens is gericht tegen de beslissing om hem geen koninklijke onderscheiding te verlenen. De Afdeling sluit zich in dit verband aan bij het oordeel van de rechtbank, dat de Minister het bezwaar, voor zover gericht tegen deze (inhoudelijk) afwijzende beslissing, terecht niet-ontvankelijk heeft verklaard.'

In deze uitspraak wordt de *buitengrens* van het geding reeds afgepaald aan de hand van de *primaire aanvraag* van de appellant: in het primaire verzoek had hij alleen gevraagd om inzage in het dossier en om een op schrift gestelde weigering. In bezwaar kan men dan niet de omvang van het geding uitbreiden, door alsnog tegen de weigering als zodanig te opponeren. Ofwel: de primaire aanvraag en het primaire besluit daarop bepalen reeds, waarover men in bezwaar en beroep kan procederen. Men kan in bezwaar en beroep niet een geheel ander besluit in de beoordeling betrekken.

Wat betreft de CRvB, kan in de eerste plaats worden gewezen op CRvB 3 maart 1998, Awb 97/555 Awb RO0493.

Bijstandsgeschil. Kortstondige verhuizing naar Rotterdam. Rechtbank: Amersfoort is 'bevindgemeente' gebleven in de zin van artikel 14 ABW gedurende de periode 9 juni 1995 tot 31 juli 1995. CRvB: Door de – door partijen niet betwiste en ook overigens niet in het geding betrokken – periode 26 juni–31 juli 1995 mede in de beoordeling te betrekken, heeft de rechtbank in strijd gehandeld met artikel 8:69 Awb. Uitspraak vernietigd, voorzover betrekking hebbend op 26 juni–31 juli 1995. Voor het overige: uitspraak bevestigd.

Zie wat betreft de CRvB voorts CRvB 14 augustus 1997, csv 96/1476 en 96/1478. Premiegeschil. Hoofdaannemer premieplichtig gehouden voor werknemers onderaannemer. Rechtbank: Hoofdaannemer was ex artikel 16 Coördinatiewet Sociale Verzekeringen aansprakelijk voor de premies van de werknemers van de onderaannemer. Hoger beroep: het primaire besluit was niet gebaseerd op artikel 16 csv; de bedrijfsvereniging had de hoofdaannemer direct premieplichtig gehouden, omdat de onderaannemer haars inziens een fictieve bv was. Aldus heeft de rechtbank niet het juridische punt beslecht dat in geschil was en aan de appellerende hoofdaannemer een rechterlijke instantie onthouden.

CRvB: is het met deze stelling eens. Rechtbank is van een onjuiste grondslag voor de premieplicht uitgegaan. Daardoor in feite een rechtsgang onthouden. Vernietigd en teruggewezen naar de rechtbank.

Behalve op artikel 8:69 Awb heeft de ambtshalve toetsing van de omvang van geding in eerste aanleg ook betrekking op de toepassing van artikelen 6:18 en 6:19 Awb in eerste aanleg.

In de eerste plaats kan worden gewezen op CRvB 7 april 2000, Awb 98/578 AAWAO 94, waarin de doorzendplicht van artikel 6:18, vierde lid, Awb van openbare orde werd geacht.

Rechtbank: beroep gegrond wegens onvoldoende arbeidskundige grondslag besluit. Het bestuursorgaan doet vervolgens twee dingen: het herziet het primaire besluit bij nader besluit d.d. 22-01-1998 en stelt de arbeidsongeschiktheid vast op 25-30%. Verder geeft het, bij besluit d.d. 30-06-1998, alsnog een beslissing in bezwaar.

CRvB in hoger beroep: Hoger beroep niet-ontvankelijk voorzover gericht tegen de oorspronkelijke, reeds vernietigde beslissing op bezwaar. Voorzover mede gericht tegen het herziene besluit d.d. 22-01-1998: ongegrond. Voorzover mede gericht tegen tweede beslissing op bezwaar d.d. 30-06-1998: vernietiging. Dit besluit is onbevoegd genomen, omdat door het bestuursorgaan geen toepassing is gegeven aan de doorzendplicht ex artikel 6:18, vierde lid Awb. Deze laatste bepaling wordt van openbare orde geacht. Daarom past de CRvB deze bepaling ambtshalve toe.

-Zie voorts: CRvB 26 juni 1997, Aw 96/233 en 96/235. Ambtenarenzaak. Reorganisatie: personeelsplan met herplaatsing.

Rechtbank: Beroep niet-ontvankelijk, voorzover gericht tegen personeelsplan, aangezien dit nog door de Korpsbeheerder moest worden goedgekeurd. Beroep ontvan-

kelijk, voorzover gericht tegen de feitelijke tewerkstelling op een andere plek (opgevat als dienstbevel). Het geding aangehouden met toepassing van artikel 6:19 Awb, in afwachting van de beslissing op bezwaar tegen het personeelsplan. Tegen deze nadien genomen beslissing wordt geen afzonderlijk beroep ingesteld bij de rechtbank; de rechtbank hervat echter eigener beweging de procedure, na ontvangst van deze beslissing op bezwaar. Beroep ongegrond.

CRvB in hoger beroep (ambtshalve, buiten het hoger-beroepschrift om): a. De rechtbank heeft het beroep tegen het (indertijd nog niet goedgekeurde) personeelsplan niet-ontvankelijk verklaard. Tegen deze uitspraak van de rechtbank is geen hoger beroep ingesteld, zodat deze kracht van gewijsde heeft gekregen. Hoger beroep in dit opzicht niet-ontvankelijk. b. Door zelf te oordelen over de feitelijke tewerkstelling (dienstbevel) is de Rb. buiten het voorwerp van geschil in de zin van artikel 8:69 Awb getreden (appellant had alleen over personeelsplan geklaagd). Daarom uitspraak rechtbank vernietigd.

Men ziet hier dus een poging van de rechtbank om de appellant te 'helpen', door het (niet-ontvankelijke beroep) tegen het personeelsplan te 'converteren' in een beroep tegen het dienstbevel. Deze poging mislukt in tweeërlei opzicht. Ten eerste: met de niet-ontvankelijkverklaring van het beroep, gericht tegen het nog niet goedgekeurde personeelsplan, is de zaak in dit opzicht afgelopen (appellant had natuurlijk nog wel opnieuw beroep kunnen instellen tegen het personeelsplan, na goedkeuring). Nu er een in kracht van gewijsde gegane uitspraak ligt, komt men ook niet meer toe aan een hervatting van het geding, met toepassing van artikel 6:19 Awb. Ten tweede: de 'conversie' van het beroep naar het dienstbevel stuit af op artikel 8:69 Awb (ambtshalve toegepast door CRvB).

5.4.2 *Aanvullen van de rechtsgronden en/of de feiten*

In een aantal zaken is het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden door de appèlrechter aan de orde. Daarbij ging het (toevallig) steeds om zaken waarin de uitspraak van de eerste rechter werd bevestigd. Wel werden de rechtsoverwegingen van de eerste rechter aangevuld of gecorrigeerd.

CRvB 26 juni 1998, wvc 97/8316. Geen vervoersvoorziening op grond van Wet Voorzieningen Gehandicapten (wvc), wegens overschrijding inkomensgrens. Rechtbank: overgangsrecht plaatselijke wvc-verordening onduidelijk; in voordeel appellante uitgelegd. CRvB herdefinieert vragen in geschil: a. is het overgangsrecht door b en w onmiskenbaar onjuist toegepast (nee); b. is in 1995 terecht de inkomensgrens gehanteerd (ja); c. is de hardheidsclausule van de verordening – waarover de rechtbank niet gerept had – ten onrechte niet toegepast (nee, appellant heeft zelf terzake geen relevante gegevens geleverd).

CRvB 4 april 2000, ABW 99/629. Bijstandszaak. Inkomsten onderhuurder: terecht in beschouwing genomen? Rechtbank: ja, meenemen van deze inkomsten in overeenstemming met plaatselijke verordening. CRvB: a. plaatselijke verordening niet in strijd met artikel 38 ABW; b. niet gebleken van toepasselijkheid hardheidsclausule artikel 13 ABW (rechtbank had hierover niet gerept).

CRvB 4 januari 2000, Awb 98/998 N Awb Roo493. Bijstandszaak. Noodzakelijkheids criterium, in verband met kosten verhuizing bibliotheek van Canada naar Nederland.

Rechtbank: Kosten waren niet noodzakelijk in de zin van artikel 39 Awb.

CRvB: Kosten van verhuizing vinden hun oorzaak in Canada en komen daarom in verband met territorialiteitsbeginsel al niet voor vergoeding in aanmerking. Daardoor komt de Raad aan het noodzakelijkheids criterium niet meer toe.

Niet ambtshalve nader feitenonderzoek naar aanleiding van in appèl ingebrachte aanvullende en (zelfs) nieuwe argumenten ziet men bij de appèlrechters in een aantal dossiers.

CRvB 15 maart 2000, Awb 98/3018 Ro1293. Terugvordering van ww-uitkering wegens niet-beëindiging werkzaamheden als zelfstandige en het verstrekken van onjuiste informatie. Rechtbank: beroep ongegrond. Werkzaamheden als zelfstandige in de zin van standaardjurisprudentie CRvB niet beëindigd. Appellant heeft bestuursorgaan onjuist ingelicht.

CRvB elaboreert het geschilpunt: Activiteiten van appellant – in lijn met 's Raads eerdere jurisprudentie – werkzaamheden als zelfstandige. Het feit dat tot dusver nog geen omzet is gegenereerd, doet daaraan niet af. Dat appellant – naar eigen zeggen – niet wist dat hij onjuiste informatie verschaftte, treft als argument geen doel, nu appellant tijdens de procedure te kennen heeft gegeven goed op de hoogte te zijn van het sociale-verzekeringsrecht.

ABRS 18 mei 2000, 199901351. Weigering ontheffing draagplicht autogordel. Rb. Het standpunt van verweerder op grondslag van het advies van de eigen medische adviseur is niet onredelijk dan wel anderszins onaanvaardbaar.

ABRS: Appellant heeft middels doktersverklaringen aannemelijk gemaakt dat het dragen van autogordels voor haar onmogelijk is. Het afwijzende advies van de medisch adviseur van de minister behelst slechts dat er geen relatie is tussen haar klacht en het verergeren daarvan door de autogordel. Daarmee is de gestelde onmogelijkheid van appellant om een autogordel te dragen niet weerlegd. Rechtbank heeft miskend dat het primair besluit onvoldoende zorgvuldig is voorbereid en gemotiveerd.

ABRS 6 januari 1997, Ho1.96.0648. Plaatsing op een gemeentelijke monumentenlijst. Daartegen bezwaar en beroep bij de Rb. van de eigenaresse.

Rb.: Ingevolge de gemeentelijke monumentenverordening had de monumentencommissie moeten worden gehoord omtrent plaatsing op de lijst. Uit de overgelegde stukken is onvoldoende gebleken dat dit heeft plaatsgevonden. Deswege vernietiging.

ABRS: Uit de stukken, zoals toegelicht in het hoger-beroepschrift en ter zitting, blijkt dat de monumentencommissie intensief bij de plaatsing op de lijst betrokken is geweest. Hoger beroep in zoverre gegrond.

Ongelijkheidscompensatie en rechterlijke attitude

Uit de interviews blijkt dat de meeste respondenten tot op zekere hoogte betekenis toekennen aan de noodzaak van ongelijkheidscompensatie. Een belangrijk argument is in dit verband het feit dat er in het bestuursrecht geen sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging. Sommigen relativeren dit aspect door erop te wijzen dat tegenwoordig iedere appellant een advocaat of deskundige in de arm kan nemen. Partijen doen dat ook steeds vaker. Hierdoor raakt de noodzaak tot het bieden van ongelijkheidscompensatie verder op de achtergrond. Over de mate waarin de bestuursrechter behoort te 'compenseren' bestaat dan ook geen overeenstemming. Er zijn volgens de respondenten cultuurverschillen tussen de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep. Een groep respondenten staat terughoudend tegenover ongelijkheidscompensatie omdat dit op gespannen voet kan staan met de onpartijdigheid van de rechter. De bestuursrechter mag immers niet voor de partijen gaan procederen. Hieruit blijkt dat verschillende respondenten het bestuursproces zien als een typisch 'partijengeschil'. Anderen lijken er juist meer de nadruk op te leggen dat er in de regel sprake is van een geschil tussen een burger en een statelijk orgaan, hetgeen noopt tot een bijzondere rechterlijke attitude.

Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden en feiten

Het aanvullen van de rechtsgronden (*in appèl*) vindt in beginsel plaats binnen de beroepsgronden zoals die door de appellant zijn aangevoerd. De rechter dient de feitelijke gronden van een appellant te vertalen in rechtsgronden. Daar zijn de meeste respondenten het wel over eens. Daarbuiten worden alleen bepalingen van openbare orde getoetst (zie hierna). De beroepsgronden, zoals deze door een appellant worden geformuleerd, bepalen dus in de regel de omvang van het geschil. Een groep respondenten merkt op dat er wel steeds sprake is van interpretatie van beroepsgronden door de rechter. De omvang van het geschil wordt mede door deze interpretatie bepaald. Het is aan de rechter om vast te stellen wat een appellant bedoelt. Een situatie waarbij een appellant stelt dat hij het niet eens is met de positionering van een bouwwerk op een perceel, zal worden opgevat als een betoog dat is toegespitst op strijd met het bestemmingsplan. Naarmate de betrokken partij meer 'ondervertegenwoordigd' is, zal de rechter zich actiever opstellen.

Volgens de meeste respondenten is met name de Centrale Raad van Beroep op dit punt wat ruimhartiger. Juridische gebreken of gronden die niet door betrokkenen worden genoemd, maar wel zo ernstig zijn dat ze tot vernietiging kunnen leiden, worden door de Centrale Raad in hoger beroep aangevuld. Bij kleine gebreken die geen of nauwelijks gevolgen hebben, gebeurt dat niet. Enkele respondenten wijzen erop dat de opstelling van de Centrale Raad historisch bepaald is. Vroeger was het bij de raden van beroep zo dat de stelling 'ik ben het niet eens met het besluit' leidde tot een volledige ambtshalve toetsing. In de huidige context leidt

een dergelijke wijze van toetsing (afgezien van theoretische bezwaren) tot een praktisch onmogelijke situatie. Er is gewoon niet genoeg tijd om alle geschillen ambtshalve te beoordelen, zowel wat het recht als wat de feiten betreft.

Volgens een groep respondenten behoort ambtshalve rechterlijk feitenonderzoek in hoger beroep in de regel niet meer plaats te vinden. Wel kan partijen om informatie worden gevraagd. Partijen hebben op het punt van de feiten ook duidelijk een eigen verantwoordelijkheid. Van partijen mag worden verwacht dat ze duidelijk maken hoe de feiten liggen. Eventueel kunnen deskundigen worden ingeschakeld. Ambtshalve feitenonderzoek is alleen aan de orde voor zover dit noodzakelijk is om het aan de rechter gepresenteerde geschil (binnen de beroepsgronden) te kunnen oplossen. Overigens erkent deze groep respondenten dat sommige rechters, in het bijzonder de Centrale Raad van Beroep in sociale-verzekeringszaken, wat meer ambtshalve achter de feiten aanzitten. Daar gaat het echter meestal om tweepartijengeschillen, terwijl er vaak sprake is van meer gebonden beslissingen. Een andere groep respondenten wijst erop dat de Afdeling bestuursrechtspraak zeer terughoudend is met het ambtshalve aanvullen van feiten, terwijl de Centrale Raad wat soepeler is. Er worden door deze instantie eerder ambtshalve feiten aangevuld.

5-5-3 *Bepalingen van openbare orde*

Overeenstemming tussen de diverse respondenten bestaat ten aanzien van de rechterlijke plicht tot ambtshalve toepassing van bepalingen van openbare orde. Welke bepalingen hiertoe behoren, is echter minder duidelijk. Eén respondent duidt de bepalingen van openbare orde zelfs aan als een 'open categorie'. Andere respondenten zijn van mening dat de invulling van deze categorie nogal casuïstisch is. Desalniettemin kan de rechtspraak, althans volgens de meeste respondenten, wel met deze bepalingen uit de voeten. In ieder geval bestaat er geen discussie over bepalingen omtrent de bevoegdheid van de rechter en de ontvankelijkheid van de rechtsmiddelen: deze zijn van openbare orde. Het gaat hier onder meer om het besluit- en belanghebbendebegrip, de bezwaar- en beroepstermijnen en de toepassing van artikel 8:69 Awb. Daarbuiten heerst er meer onzekerheid:

- formele bepalingen omtrent de bevoegdheid van een bestuursorgaan zijn waarschijnlijk van openbare orde, maar geldt dat ook voor materiële bevoegdheidsbepalingen? Overigens is er ook een groep respondenten die er uitdrukkelijk op wijst dat bepalingen die de uitoefening van de bestuursbevoegdheid regelen en een eventuele hoorplicht niet van 'openbare orde' zijn;
- volgens sommigen zijn het EG-recht en de grondrechten van openbare orde; anderen hebben een andere opvatting, omdat ambtshalve toetsing hieraan praktisch niet mogelijk is;
- een groep respondenten is in ieder geval van mening dat de rechter ambtshalve de verbindendheid van onderliggende regelgeving moet toetsen. De 'exceptieve' toets wordt kennelijk als zijnde van 'openbare orde' aangemerkt;

- sommigen menen dat meer materiële bepalingen als bepalingen van openbare orde zouden moeten worden aangemerkt; anderen willen de groep van bepalingen van openbare orde juist beperkt houden.

Van een aantal respondenten wordt de klacht gehoord dat de huidige onduidelijkheid over de omvang van de groep van bepalingen van openbare orde ongewenst is, omdat dit tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid leidt. De appèlrechters zouden meer sturing moeten geven. Een groep respondenten wijst er nog op dat de Hoge Raad het begrip 'openbare orde' beperkt uitlegt. Als deze lijn zou worden doorgetrokken in het bestuursprocesrecht, hoeven materiële bepalingen van een bestreden regeling wellicht niet getoetst te worden. Andere respondenten vinden dat de rechter juist ambtshalve moet bijspringen als er materieel iets fout dreigt te gaan. In de huidige situatie houdt de bestuursrechter zich te veel bezig met de 'buitenkant' van het bestuursrecht, namelijk het bestuursprocesrecht.

5.6 BEVINDINGEN

Ter zake van de ambtshalve activiteiten van de appèlrechters ziet men, zeker wat betreft uitgangspunten, aanzienlijke overeenkomsten. Beide appèlrechters gaan ervan uit dat de rechterlijke plicht tot het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in beginsel is beperkt tot de omvang van het geding (in appèl) zoals dat door de vordering en de gronden van appellant (in appèl) is afgebakend. Daarbuiten dient de rechter volgens beide appèlcolleges ambtshalve te toetsen aan bepalingen van openbare orde. In algemene zin kan deze categorie worden omschreven als bepalingen waarvan de betekenis voor de rechtsorde dermate groot is, dat hun gelding moet worden verzekerd, ongeacht de wil, de kennis of het belang van partijen. De rechterlijke plicht tot ambtshalve toetsing aan deze bepalingen prevaleert boven het verbod van reformatio in peius. Over de vraag welke bepalingen tot deze categorie behoren, bestaat eveneens in hoge mate overeenstemming tussen beide appèlcolleges. Het gaat in elk geval om bepalingen betreffende de bevoegdheid van rechter en bestuur en de ontvankelijkheid van rechtsmiddelen. Voor de appèlcolleges zelf kunnen daaraan worden toegevoegd: grondregels van een behoorlijk proces en de omvang van geding in eerste aanleg. De (procedurele) Awb-bepalingen betreffende de bestuurlijke (bezwaren)fase zijn niet van openbare orde. Wat betreft de indirecte toetsing van de verbindendheid van wettelijke voorschriften aan hoger recht, biedt de rechtspraak nog geen volledige duidelijkheid.

Is de benadering op het niveau van de uitgangspunten van beide appèlcolleges in hoge mate vergelijkbaar, in de praktische toepassing ziet men wel kleine verschillen.

In de eerste plaats gaat het daarbij om de mate waarin de gronden van het (hoger) beroep de omvang van het geding werkelijk beperken. Bij procedurele (Awb-)gebreken is dit bij beide appèlcolleges zonder meer het geval: deze worden, tenzij ze van openbare orde zijn, door de rechter alleen getoetst wanneer appellant ter zake gronden heeft aangevoerd. Bij materiële gebreken loopt de benadering echter enigszins uiteen. In algemene zin kan men stellen dat de Afdeling

zich hierbij vrij strikt oriënteert op de aangevoerde gronden. De CRvB is in sommige zaken daarentegen geneigd de gronden ruim te interpreteren, zodat ook onderdelen van het besluit die in de gronden niet zijn aangevallen, maar die samenhang vertonen met wel aangevochten gronden, (ambtshalve) in de beoordeling kunnen worden meegenomen.

Overigens ziet men bij de ABRS in ruimtelijke-orderingsgeschillen ook een minder beperkte benadering. Deze heeft tot gevolg dat prealabele kwesties als de toetsing aan het bestemmingsplan, de toetsing van de anticipatiegrondslag voor een vrijstelling, alsmede de toetsing van de noodzaak van een melding of vrijstelling, ambtshalve worden 'meegenomen'. De Afdeling baseert deze toetsing de ene keer op artikel 8:69, tweede lid Awb, de andere keer spreekt zij echter van ambtshalve toetsing (van de bevoegdheidsgrondslag). Helemaal consistent lijkt de lijn op dit punt nog niet. Wel kan worden vastgesteld dat deze ambtshalve 'uitbreiding' door de Afdeling steeds in lijn is met de vordering van appellant en dat zij achterwege blijft wanneer dat zou leiden tot een reformatio in peius.

Een tweede verschil tussen de ABRS en de CRvB ziet men bij de mate waarin de appèlcolleges zelf ambtshalve feitenonderzoek laten verrichten. Bij de Afdeling komt dit (vrijwel) nooit voor, bij de CRvB nu en dan. Met name gaat de CRvB nog wel eens over tot het vragen van een nieuw medisch advies.

6 Afdoening en motivering in hoger beroep

6.1 INLEIDING

Zowel de Beroepswet, als de Wet op de Raad van State en de Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie bevatten bijzondere bepalingen voor de afdoening in hoger beroep. Het gaat hier meer bepaald om de bijzondere mogelijkheden die de hoger-beroepsrechter onder de Algemene wet bestuursrecht heeft, om, in aanvulling op de mogelijkheden en normen die afdeling 8.2.6 Awb geeft,¹ de gevolgen van een uitspraak in hoger beroep te regelen. De artikelen 24 tot en met 28 van de Beroepswet, de artikelen 26 tot en met 30 van de Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie en de artikelen 42 tot en met 46 van de Wet op de Raad van State bevatten hiertoe onderling nagenoeg geheel geharmoniseerde bepalingen inzake de dicta in hoger beroep (hele of gedeeltelijke vernietiging of bevestiging, met mogelijk aanvulling of verbetering van de gronden),² vergoeding van griffierecht bij hele of gedeeltelijke vernietiging van de aangevallen uitspraak,³ terugwijzing van de zaak naar de rechtbank in eerste aanleg,⁴ afdoening door het hoger-beroepscollege zelf⁵ en de mogelijkheid tot gedektverklaring van onbevoegdheid van de rechter in eerste aanleg.⁶

In dit hoofdstuk komt allereerst aan de orde welke ervaringen er zijn opgedaan met de afdoening van zaken in hoger beroep: meer in het bijzonder wordt hierbij aandacht besteed aan de vraag of de hoger-beroepsrechter zelf de zaak afdoet of terugwijst naar de rechtbank. Daarnaast wordt in deze paragraaf aandacht besteed aan het tweede aspect dat samenhangt met de uitspraak, namelijk de motivering van uitspraken.

6.2 JURISPRUDENTIE-ANALYSE

Wat betreft afdoeningsmogelijkheden, heeft de appèlrechter, nu ook de bepalingen van afdeling 8.2.6 Awb en een groot aantal andere bepalingen van hoofdstuk

1. Deze worden door respectievelijk art. 21 Beroepswet, art. 22 Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie en art. 39 Wet op de Raad van State van overeenkomstige toepassing verklaard op het hoger beroep.
2. Zie art. 24 Beroepswet, art. 26 Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie, art. 42 Wet op de Raad van State.
3. Zie art. 25 Beroepswet, art. 27 Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie, art. 43 Wet op de Raad van State.
4. Zie art. 26 Beroepswet, art. 28 Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie, art. 44 Wet op de Raad van State.
5. Zie art. 27 Beroepswet, art. 29 Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie, art. 45 Wet op de Raad van State.
6. Zie art. 28 Beroepswet, art. 30 Wet bestuursrecht-spraak bedrijfsorganisatie, art. 46 Wet op de Raad van State.

8 Awb van (overeenkomstige) toepassing zijn voor het hoger beroep,⁷ naast de typische appèl-dicta, in wezen dezelfde bevoegdheden als die waarover de bestuursrechter in eerste aanleg beschikt (zelf voorzien, rechtsgevolgen in stand laten, schadevergoeding, proceskosten, etc.). De appèlrechter kan op basis van die algemene bevoegdheden van hoofdstuk 8 Awb beslissingen nemen die de rechter in eerste aanleg heeft nagelaten en daarmee inhoudelijk al correcties aanbrengen op datgene wat in eerste aanleg ten onrechte is nagelaten.⁸ Uit de jurisprudentie blijkt dat de verschillende appèlrechters, om redenen van proceseconomie en een voorspoedige behandeling, van een zaak daar waar mogelijk inderdaad 'substitueren'.⁹ In wezen kan de appèlrechter daarmee een zaak, waar het de afdoening in hoger beroep betreft, nogmaals overdoen. Daaraan wordt in de jurisprudentie van de ABRS wel een grens gesteld op het punt van het verzoeken van schadevergoeding in hoger beroep. De Afdeling billijkt namelijk niet dat in hoger beroep voor het eerst een vordering tot schadevergoeding ex artikel 8:73 Awb wordt gedaan als de onrechtmatigheid van het besluit al door de rechtbank is vastgesteld. In dit verband kan worden verwezen naar de in paragraaf 4.5.2.4 reeds gememoreerde uitspraak van de ABRS van 19 maart 1999.¹⁰ De CRvB heeft hiermee geen moeite. Naast de algemene dictummogelijkheden van afdeling 8.2.6 (exclusief art. 8:74 Awb dat voor hoger beroep niet van toepassing is), bezitten de appèlcolleges bevoegdheden tot bijzondere appèldicta uit de Beroepswet, Wet op de Raad van State en Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. Op grond van die bevoegdheden kan de appèlrechter in voorkomende gevallen de uitspraak van de rechtbank, hetzij met overneming, hetzij met verbetering van de gronden bevestigen, of, doen, met hele of gedeeltelijke vernietiging van de uitspraak, wat de rechtbank had behoren te doen (art. 42 WRvS, art. 24 Beroepswet, art. 26 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie). Komt de appèlrechter na gecorrigeerde behandeling tot eenzelfde dictum als de eerste rechter, dan zal hij als regel die eerste uitspraak bevestigen, waar nodig met verbetering van gronden.¹¹ Die verbetering van de gronden kan soms zulke vormen aannemen dat er alsnog een vernietiging moet plaatsvinden, zelfs al is het appèldictum uiteindelijk (gedeeltelijk) hetzelfde als dat van de rechter in eerste aanleg.¹² Wordt een vernietiging bevestigd, dan moet opnieuw worden voorzien met inachtneming van de overwegingen van de appèlrechter, tenzij die alsnog voor een gedektverklaring kiest.¹³ In die gevallen waarin de appèlrechter wel tot een ander of aangevuld dictum komt als dat van de rechter in eerste aanleg, zal een hele of gedeeltelijke vernietiging moeten worden

7. Zie art. 39 WRvSt, art. 21 Beroepswet en art. 22 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie.

8. Zo kan de beroepsrechter een onvolledige beoordeling in eerste aanleg corrigeren, maar ook procedurefouten, zoals het achterwege laten van een zitting, het horen van een getuige, etc. Ook kan de appèlrechter alsnog onderzoeksbevoegdheden aanwenden. Zie voor een overzicht van de jurisprudentie op dit punt Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 272-281.

9. Zie ook paragraaf 6.4 (Dossieronderzoek) van dit hoofdstuk.

10. ABRS 19 maart 1999, AB 1999, 205, m.n. MSV; JB 1999/133, m.n. RJNS; RAWb 1999, 165, m.a. B. Schueler.

11. ABRS 10 februari 1998, Abkort 124, ABRS 29 augustus 1996, JB 201, CRvB 11 februari 1997, RSV 192.

12. Zie als voorbeeld CRvB 21 maart 1997, AB 244.

13. Zie bijvoorbeeld ABRS 9 juni 1997, AB 324 en CRvB 21 januari 1998, AB 167.

uitgesproken. Die vernietiging kan ook betrekking hebben op beslissingen van de rechter in eerste aanleg om een deel van een besluit niet te beoordelen,¹⁴ een afdoeningsmodaliteit niet te kiezen, althans daarover geen beslissing te nemen.¹⁵ Het oordeel van de appèlrechter beperkt zich ook ten aanzien van de afdoening van een zaak na een uitspraak tot datgene wat in hoger beroep aan de orde is geweest of is gesteld. Beslissingen van de rechtbank die in hoger beroep niet aan de orde zijn geweest, worden door de appèlrechter geëerbiedigd.¹⁶

Wat echter door de appèlrechter kan worden afgedaan – gezien het bereik van zijn oordeel – moet, met het oog op finaliteit, ook zoveel mogelijk door de appèlrechter zelf worden afgedaan. Terugwijzing na een uitspraak is en moet – mede om redenen van proceseconomie – de uitzondering zijn. Die algemene regel van de zogenoemde devolutieve werking van het hoger beroep, blijkt ook uit de artikelen 44 WRvS, 26 Beroepswet en 28 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie. Terugwijzing naar de rechtbank vindt volgens artikel 44 WRvS (dat correspondeert met artikel 26 Beroepswet en artikel 28 Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie) alleen plaats, indien:

- 'a. de rechtbank haar onbevoegdheid of de niet-ontvankelijkheid van het beroep heeft uitgesproken en de Afdeling deze uitspraak vernietigt met bevoegdverklaring van de rechtbank onderscheidenlijk ontvankelijkverklaring van het beroep, of
- b. de Afdeling om andere redenen dan bedoeld in onderdeel a van oordeel is dat de zaak opnieuw door de rechtbank moet worden behandeld.(...)'

Zelfs indien zich een van deze situaties voordoet, kan de appèlrechter de zaak alsnog zonder terugwijzing afdoen, indien zij naar zijn oordeel geen nadere behandeling door de rechtbank behoeft (art. 45 WRvS). Uit de jurisprudentie blijkt dat beide appèlrechters slechts in het uiterste geval (indien er werkelijk in geen enkele zin sprake is geweest van een oordeel van de eerste aanlegrechter over een aspect van een zaak) terugverwijzen. Zie ook de resultaten van het dossieronderzoek (par. 6.4).

Terugwijzing vindt, als uitzondering op de hoofdregel van de devolutieve werking van het appèl, plaats wanneer partijen moeten kunnen beschikken over twee instanties, of indien het appèl een aspect van een zaak betrof waarover de rechter in eerste aanleg zich op geen enkele wijze uit heeft kunnen spreken. Behalve aan de onder a) genoemde gevallen valt te denken aan: bevoegdheid van bestuursorgaan, verbindendheid van de toepasselijke regelgeving, ontvankelijkheid van bezwaar, ambtenaarschap van belanghebbende, niet onderkennen (en beoordelen) van een deelbesluit, et cetera.

Terugwijzing bij procedurele gebreken komt soms ook voor met het oog op de opvoedende werking. Naar aanleiding van de onjuiste toepassing van artikel 8:29 Awb in eerste aanleg (waardoor appellant niet kennis had kunnen nemen van

14. ABRS 24 november 1998, Abkort 740.

15. Zie bijvoorbeeld ABRS 29 juli 1996, Abkort 597 en ABRS 16 april 1998, RAWb III.

16. Zie als voorbeeld CRVB 13 mei 1996, JB 153.

bepaalde stukken) overwoog de Afdeling in tamelijk algemene bewoordingen die waarschijnlijk ook betekenis hebben voor andere procedurele gebreken:¹⁷

'Een onjuiste toepassing van artikel 8:29 Awb is niet in het algemeen een grond voor vernietiging van de aangevallen uitspraak. De Afdeling kan de zaak in hoger beroep volledig opnieuw behandelen, met inachtneming van haar eigen oordeel omtrent de geheimhouding. Heeft de onjuiste toepassing van artikel 8:29 door de eerste rechter evenwel dusdanige gevolgen voor de aangevallen uitspraak gehad dat – in de omstandigheden van het geval – bij afdoening door de Afdeling een onaanvaardbaar verlies van instantie zou optreden, dan is vernietiging van die uitspraak en terugwijzing van de zaak naar de rechtbank aangewezen. Die gevolgen doen zich in het onderhavige geval niet voor. Daarbij is mede van belang dat appellante in het kader van de behandeling van het hoger beroep alsnog van de desbetreffende stukken heeft kunnen kennis nemen en haar zienswijze daaromtrent genoegzaam naar voren heeft kunnen brengen.'

Bij de afweging of zal worden teruggewezen is het feit dat berechting wordt vertraagd, een relevante contra-indicatie. Daarbij kan gewicht toegekend worden aan de wens van partijen. Hun wens kan echter niet steeds doorslaggevend zijn.¹⁸

6.3 LITERATUURONDERZOEK

Afdoening in hoger beroep

In de literatuur hebben vraagstukken van afdoening tot betrekkelijk weinig discussie aanleiding gegeven. In haar handboek *Bestuursprocesrecht* vindt Schreuder-Vlasblom artikel 44 WRvS en de corresponderende artikelen in de Beroepswet en de Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie een tastbaar bewijs van de wens van de wetgever om het hoger beroep onder de Awb als hoofdregel devolutieve werking te geven.¹⁹ Die hoofdregel van devolutieve werking houdt in dat de appèl-rechter, indien hem blijkt van procedurele fouten of een onjuiste beoordeling en afdoening van het geschil door de rechter in eerste aanleg, met herstel van de gemaakte fouten, aanvulling en correctie van de rechtsoverwegingen en aanwending van de afdoeningsmogelijkheden die de eerste rechter had moeten aanwenden, de zaak zelf afdoet. Die devolutieve werking dient de beslechting van het geschil binnen de redelijke termijn en de proceseconomie.

Motivering

Daalder en Schreuder-Vlasblom oefenen kritiek uit op de wijze van motiveren door vooral de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.²⁰ Die is wat

17. ABRS 11 mei 2000, RAwb 2000, 116, m.a. Widdershoven.

18. Zie o.a. CRVB 18 april 1995, JB 178.

19. Zie Schreuder-Vlasblom 2001a, p. 272.

20. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 214-221, i.h.b. p. 220. Ook bij de CRVB mankeert het volgens hen wel eens aan de gewenste helderheid.

betreft de wijze waarop de appèlrechter de omvang van het geschil afbakt, de appèlrechter al dan niet zelf onderzoek verricht naar de feiten, danwel bewijslast opdraagt aan de partijen, alsook bij het expliciteren van de redenen waarom sommige stukken of argumenten niet worden meegenomen bij de beoordeling in appèl, in hun ogen vaak onvoldoende. Dat doet volgens hen afbreuk aan de inzichtelijkheid en daarmee aan de aanvaarding van de appèljurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Doordat in een aantal gevallen, juist vanwege een gebrekkige motivering, onvoldoende het wezenlijke onderscheid tussen vragen van verdeling van bewijslast en de uitwerking van beginselen van goede procesorde herkenbaar wordt gemaakt, kan de rechtspraktijk (en in het kielzog daarvan de wetenschap) zich nauwelijks oriënteren op de wijze waarop de Afdeling de grenzen van het geschil en de verantwoordelijkheidsverdeling tussen bestuur, partijen en rechter omlijnt. 'Het gaat hier' volgens Daalder en Schreuder-Vlasblom 'om ingrijpende beslissingen waarvan de betekenis bovendien de individuele zaak overstijgt en raakt aan de zorgvuldigheid en onpartijdigheid van de rechterlijke beoordeling. De gronden waarop ze worden genomen scheppen duidelijkheid over de in eerdere aanleg te volgen gedragslijnen en over de te verwachten effectiviteit van de rechtsmiddelen. Ze zijn (dus) van groot belang voor de rechtszekerheid en de gelijkheid in de rechtsbedeling (...)'.²¹

Ook in annotaties kan men kritische beschouwingen lezen over de soms wat magere motivering van de uitspraken door de ABRS.²² Gewezen kan worden op de opmerkingen van Damen onder de door hem geannoteerde hoger-beroepsuitspraak van de ABRS van 26 september 2000.²³ In deze zaak werd een stelling waarmee een appellante de onjuistheid van de rechtbankuitspraak-à-quo probeerde aan te tonen, zonder enige verdere behandeling of verwijzing buiten beschouwing gelaten. De Afdeling gaf zelfs niet aan dat zij de uitspraak van de rechtbank op het bestreden punt juist achtte. Het op deze manier geheel onbesproken laten van stellingen van partijen betekent volgens Damen dat de uitspraak zelf in strijd komt met artikel 8:77, eerste lid, onder b Awb dat vergt dat de schriftelijke uitspraak de gronden vermeldt van de beslissing.

6.4 DOSSIERONDERZOEK

Uit de dossieranalyse blijkt dat zowel de Afdeling bestuursrechtspraak als de Centrale Raad van Beroep waar mogelijk de zaak zelf afdoen. Waar dat ook maar enigszins mogelijk is, doet de Afdeling de zaak zelf af. Slechts daar waar een zaak inhoudelijk in eerste aanleg niet voldoende is behandeld, verwijst de Afdeling terug. Dat is ook in overeenstemming met de regel die is neergelegd in artikel 44 van de WRvS. Het komt echter zelfs voor dat de regel van artikel 44, eerste lid WRvS 'ruim' door de Afdeling bestuursrechtspraak wordt geïnterpreteerd. Artikel 44, eerste lid WRvS bepaalt namelijk dat indien het hoger beroep zich keert tegen

21. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 220.

22. Zie behalve de hierna weergegeven kritiek van Damen ook de kritische noten van Verheij, respectievelijk Schlössels, onder ABRS 19 januari 2001, AB 2001/112, respectievelijk ABRS 12 maart 2001, JB 94.

23. AB 2000/478.

een – naar het oordeel van de appèlrechter – ten onrechte door de rechtbank uitgesproken niet-ontvankelijkheid of onbevoegdheid, de zaak door de appèlrechter moet worden terugverwezen naar die rechtbank. In een zaak die bij uitspraak van 21 april 1997 door de Afdeling²⁴ in hoger beroep werd beslecht, oordeelt de Afdeling:

'Ingevolge artikel 44, lid 1 sub a WRvS dient de zaak van appellanten sub b en c in beginsel naar de rechtbank te worden teruggewezen. De Afdeling ziet evenwel aanleiding om, met toepassing van artikel 45 WRvS, de zaak zonder terugwijzing af te doen. Zij neemt daarbij in aanmerking dat de rechtbank, op de grondslag van andere beroepen die tegen het besluit waren ingesteld, reeds uitvoerig op de inhoudelijke kant van het geschil is ingegaan.'

Men ziet hier dus een geval, waarin de Afdeling – in een geval dat beantwoordt aan de situatie genoemd in artikel 44, eerste lid, sub a WRvS – met een beroep op artikel 45 WRvS niet terugwijst naar de rechtbank, maar zelf afdoet. Dit intussen door de – niet altijd voorkomende – omstandigheid, dat er ook nog andere (ontvankelijke) beroepen waren die wel inhoudelijk voldoende behandeld waren, zodat met de bespreking daarvan tevens kon worden ingegaan op de door de (andere) appellanten ingebrachte beroepsgronden. Deze jurisprudentielijn wordt ook in andere in het dossieronderzoek betrokken zaken aangetroffen.²⁵

Ook indien sprake is van onderdelen in een zaak die, doordat ze eerst in hoger beroep aan de orde zijn gekomen, zich onttrekken aan een inhoudelijke beoordeling in eerste aanleg, wil de Afdeling toch nogal eens 'doordrukken' op grond van artikel 45 WRvS en zelf de zaak afdoen. Dat gebeurde bijvoorbeeld in het geval van de uitspraak van 27 november 1997²⁶ waar in hoger beroep een derde-belanghebbende zich meldde die – in de ogen van de Afdeling als hoger-beroepsrechter – ten onrechte buiten de procedure in eerste aanleg was gelaten. De Afdeling overweegt te dien aanzien:

'Het hoger beroep (dat zich richt tegen het buiten de procedure laten van de derde-belanghebbende, red.) is derhalve gegrond, en de aangevallen uitspraak moet om die reden worden vernietigd. Aangezien appellant in hoger beroep zijn grieven evenwel in volle omvang naar voren heeft kunnen brengen, behoeft de zaak naar het oordeel van de Afdeling geen nadere behandeling door de rechtbank. Derhalve is in voormeld gebrek geen beletsel gelegen de zaak zonder terugwijzing af te doen.'

Het niet horen voor de rechtbank wordt hier dus 'gesubstitueerd' door een horen voor de ABRS, met het proceseconomische voordeel, dat de zaak niet (nog eens) terug hoeft te worden verwezen naar de rechtbank.²⁷

24. ABRS 21 april 1997, Hoi.96.0116, Haagse tramtunnel.

25. ABRS 13 januari 2000, Hoi.99.0412, Opheffing markt.

26. Zie o.a. ABRS 27 november 1997, Hoi.97.1262/P90, Koi.97.0166, Hoi.97.1505/P90 en Koi.87.0196, Weigering standplaatsvergunning.

27. Deze praktijk treft men ook aan bij de Centrale Raad van Beroep. Zie CRVB 27 april 1994, Abkort 568.

6.5 INTERVIEWS

Afdoening in hoger beroep

Veel respondenten hechten waarde aan 'finaliteit' in het bestuursprocesrecht. Die finaliteit is erbij gebaat dat hoger-beroepsrechters een zaak zoveel mogelijk zelf afdoen. Bij diverse respondenten bestaat de indruk dat hoger-beroepsrechters dat, waar mogelijk, ook wel doen. Beide appèlrechters wijzen alleen terug wanneer de zaak in eerste aanleg niet inhoudelijk is beoordeeld, omdat een appellant bijvoorbeeld niet-ontvankelijk is verklaard. In andere gevallen doen de rechters de zaak zoveel mogelijk zelf af.

Motivering

Een punt van aandacht in alle interviews is de wijze waarop uitspraken van hoger-beroepscolleges worden gemotiveerd. Nu de uitspraken van hoger-beroepscolleges richtinggevend zijn voor de rechtsvorming en de jurisprudentielijnen van eerste-aanlegrechters, maar ook voor de beleidsvorming door bestuursorganen, wordt er een en ander verwacht van de inhoud van de motivering van de uitspraken van de hoger-beroepsrechter.

Tegen de achtergrond van dit verwachtingspatroon achten diverse respondenten de motivering van de appèluitspraken door de ABRs niet altijd aan de maat. Zij wordt nogal eens te kort en te cryptisch bevonden, waardoor de rechter in eerste aanleg en bestuursorganen onvoldoende houvast aan de uitspraak kunnen ontleenen. Dit leidt tot verwarring en rechtsonzekerheid, ook bij de rechtzoekende burger. Volgens sommigen zou de ABRs duidelijker moeten aangeven hoe een uitspraak zich verhoudt tot eerdere jurisprudentie en zou zij ook duidelijk moeten markeren wanneer er sprake is van een ommekeer.

Een enkeling heeft ook kritiek op de motivering van de CRvB als appèlrechter, ofschoon de wijze van motiveren van deze instantie in de regel beter wordt beoordeeld. Deze respondent verlangt met name bij de introductie van nieuwe wetgeving (nog) meer regie van de Raad.

Een algemene klacht ten aanzien van de motivering betreft het punt dat uit de motivering van een vernietiging van een uitspraak in eerste aanleg niet altijd duidelijk wordt wat er nu precies met deze uitspraak mis was. Daardoor missen deze uitspraken de 'opvoedkundige' werking die zij voor de rechtbanken zouden kunnen hebben. Bovendien komt een belangrijke functie van het hoger beroep, namelijk het bevorderen van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling, daardoor niet goed uit de verf. In dit verband blijkt overigens dat er verschil van mening bestaat over de functie van een motivering. Dit verschil van mening houdt op zijn beurt weer verband met de functie van het hoger beroep die centraal wordt gesteld. Sommige respondenten zijn van mening dat primair ten behoeve van de betrokken partijen wordt gemotiveerd. Pas in de tweede plaats richt de motivering zich tot de rechter in eerste aanleg.

Een verklaring voor de relatief korte motivering door de Afdeling bestuursrecht-spraak is wellicht de tijdsdruk en de grote stroom zaken. Sommige respondenten

vinden dit overigens geen legitiem argument. Andere respondenten hebben er wel begrip voor dat gekozen moet worden tussen 'effectief beslissen' of 'uitvoerig motiveren'. De lijn die daaruit voortvloeit, is dat routinematige zaken, die doorgaans door een *unus iudex* worden afgedaan, summier worden gemotiveerd. Principiële uitspraken, waarin een lijn wordt uitgezet en die veelal worden behandeld in meervoudige kamer, worden daarentegen wel uitvoerig gemotiveerd. Dat geldt zeker indien een appèlrechter 'omgaat'. Nadat een dergelijke uitspraak is gedaan, kunnen soortgelijke uitspraken weer minder uitvoerig worden gemotiveerd.

6.6 BEVINDINGEN

Uit het voorafgaande komt naar voren dat de appèlrechters, daar waar ook maar enigszins mogelijk is, de mogelijkheden die de hoger-beroepswetten bieden om een zaak zelf – finaal – af te doen, benutten. Dat blijkt ten eerste uit de veel gebezigde praktijk van het 'substitueren' in appèl. De appèlrechter heeft naast bijzondere appèlbevoegdheden ook de algemene proces- en afdoeningsbevoegdheden van hoofdstuk 8 Awb, die ook de bestuursrechter in eerste aanleg heeft. Daarmee kan de appèlrechter correcties uitvoeren ten aanzien van het geding in eerste aanleg. Onjuiste of ten onrechte nagelaten beslissingen in eerste aanleg kunnen door de hoger-beroepsrechter zelf worden geredieerd, zonder dat daarvoor de uitspraak van de eerste-aanlegrechter hoeft te worden vernietigd, of een terugwijzing hoeft plaats te vinden. Uit het onderzoek op dit punt blijkt dat appèlrechters het geding in appèl onder de Awb mede om proces-economische redenen als een volwaardige instantie hanteren. Mede om die reden worden tijdrovende terugwijzingen van vernietigde zaken naar de eerste-aanlegrechter ook zoveel mogelijk vermeden. Zowel bij de Afdeling bestuursrechtspraak als bij de Centrale Raad van Beroep geldt dat terugwijzing alleen dan plaatsvindt wanneer partijen moeten kunnen beschikken over twee instanties, of indien het appèl een aspect van een zaak betrof waarover de rechter in eerste aanleg zich op geen enkele wijze uit heeft kunnen spreken.

Uit het literatuuronderzoek en ook uit de interviews blijkt voorts dat de motivering van uitspraken door vooral de ABRS soms als onvoldoende wordt ervaren. Deze kritiek heeft onder meer betrekking op de wijze waarop de Afdeling de door haar voorgestane omvang van het geding in appèl motiveert. In hoofdstuk 7 wordt hierop teruggekomen.

7 Slotbeschouwingen

7.1 SAMENVATTING

7.1.1 Algemeen

De wijze waarop de beide bestuursrechtelijke appèlcolleges, de ABRs en de CRvB, inhoud hebben gegeven aan hun taak als hoger-beroepsrechter, vertoont overeenkomsten, maar ook verschillen. Overeenkomsten overheersen bij de ontwikkeling van het bestuursproces in de richting van een partijenproces en – daarmee samenhangend – het in mindere mate verrichten van ambtshalve activiteiten, als ook bij de wijze van afdoening. Verschillen ziet men bij het object van geding in hoger beroep en, mede in verband daarmee, bij de mate waarin in appèl nog nieuwe gronden en argumenten kunnen worden ingebracht, alsmede – zij het in mindere mate – bij de mogelijkheid voor gedaagde om in appèl nog eigen gronden aan te voeren en de toepassing van artikel 6:18 en 6:19 Awb in appèl.

Hierna worden de belangrijkste bevindingen op deze punten op geïntegreerde wijze samengevat. Voor de meer specifieke bevindingen kan worden verwezen naar de bevindingenparagrafen die in de diverse hoofdstukken en hoofdstukonderdelen zijn opgenomen. Bij deze bevindingen past de volgende relativiserende opmerking. Het hoger-beroepsrecht heeft zich sinds 1994 langzaam maar zeker ontwikkeld en deze ontwikkeling is nog allerminst beëindigd. Het onderzoek laat daarom een momentopname zien in die voortgaande ontwikkeling. Mede daarom is het niet altijd even duidelijk of bepaalde uitspraken als standaard moeten worden beschouwd, dan wel als een minder belangrijke, want contextgebonden afwijking hiervan. Een goed voorbeeld in dit verband biedt de – in paragraaf 4.2.3 besproken – ‘beruchte’ Silicose 11-uitspraak van de ABRs.¹ In veel literatuur en commentaren is deze beschouwd als een illustratie van het feit dat de Afdeling in algemene zin zou hebben gekozen voor een rigide bewijsfuik vanaf de fase van bezwaar. Uit andere rechtspraak van de Afdeling kan men echter de conclusie trekken dat het hier een contextgebonden uitzondering betrof en dat de hoofdlijn is dat de beperking van het inbrengen van nieuwe feitelijke gegevens bij de eerste rechter alleen aan de orde is, indien deze gegevens tot de bewijslast van de burger behoorden en het bestuur de burger daaromtrent adequaat heeft geïnformeerd.² Weer andere (ook recente) uitspraken lijken althans qua motivering weer te wijzen in de richting van een meer rigide bewijsfuik.³ Mede om die reden wordt hierna op dit punt toch een aantal kritische opmerkingen gemaakt.

1. ABRs 28 juni 1999, JB 1999/197; AB 1999/360; RAWb 2000/89. Zie voor kritische commentaren onder meer De Bock 2000, Damen 2000, alsmede de diverse annotaties. Zie par. 4.2.
2. Onder meer: ABRs 19 augustus 1999, AB 1999/403. Zie voor andere voorbeelden par. 4.2.3.
3. Onder meer: ABRs 9 januari 2001, RAWb 2001/49. Zie voor andere voorbeelden par. 4.2.3.

Ten slotte nog een laatste opmerking. In het rapport en ook in dit laatste hoofdstuk wordt bij de beschrijving van de praktijk van beide appelcolleges ter zake van het toelaten van nieuwe gronden en argumenten in (hoger) beroep en van de mate waarin in appel nog herkansing mogelijk is, nogal eens gebruikgemaakt van het begrippenpaar ruim (doorgaans de CRvB) en beperkt (doorgaans de ABRS). Met nadruk wijzen wij erop dat deze begrippen niet in een pejoratieve betekenis worden gebruikt, in die zin dat 'ruim' altijd positief is, en 'beperkt' derhalve negatief, maar als neutrale aanduiding voor de door ons gesignaleerde verschillen tussen beide appelcolleges. Zoals in paragraaf 7.2 zal blijken, kunnen er goede redenen zijn voor een 'beperkte' benadering.

7.1.2 Partijenproces en de ambtshalve activiteiten van de rechter (par. 4.3; hoofdstuk 5)

Een overeenkomst tussen de ABRS en de CRvB is dat het geding zowel in beroep als in hoger beroep primair wordt bepaald door de 'wensen' van appelland (art. 8:69, eerste lid Awb). Beperking van de omvang kan daarbij in de eerste plaats plaatsvinden door de vordering, doordat daarin slechts een onderdeel van het besluit, casu quo van de uitspraak in eerste aanleg wordt aangevochten. Daarnaast wordt het geding in eerste aanleg volgens beide appelrechters in beginsel beperkt door de door appelland aangevoerde gronden, waarna in appel het geding verder kan worden beperkt door de gronden die tegen de uitspraak van de eerste rechter zijn aangevoerd.

Ook wat betreft de ambtshalve activiteiten, ziet men, zeker wat betreft uitgangspunten aanzienlijke overeenkomsten. Zo gaan beide appelrechters ervan uit dat de rechterlijke plicht tot het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden is beperkt tot de omvang van het geding (in appel) zoals dat door de vordering en de gronden van appelland (in appel) is afgebakend. Daarbuiten dient de rechter volgens beide appelcolleges ambtshalve te toetsen aan bepalingen van openbare orde. In algemene zin kan deze categorie worden omschreven als bepalingen waarvan de betekenis voor de rechtsorde dermate groot is dat hun gelding moet worden verzekerd, ongeacht de wil, kennis of het belang van partijen. De rechterlijke plicht tot ambtshalve toetsing aan deze bepalingen prevaleert boven het verbod van reformatio in peius. Over de vraag welke bepalingen tot deze categorie behoren, bestaat eveneens in hoge mate overeenstemming tussen beide appelcolleges. Het gaat in elk geval om bepalingen betreffende de bevoegdheid van rechter en bestuur en de ontvankelijkheid van rechtsmiddelen. Voor de appelcolleges zelf kunnen daaraan worden toegevoegd: grondregels van een behoorlijk proces en dwingende procesrechtelijke bepalingen over de procedure in eerste aanleg en de omvang van geding in eerste aanleg. De (procedurele) Awb-bepalingen betreffende de bestuurlijke (bezwaren)fase zijn niet van openbare orde.

Is de benadering op het niveau van de uitgangspunten van beide appelcolleges in hoge mate vergelijkbaar, in de praktische toepassing ziet men wel (kleine) verschillen.

In de eerste plaats gaat het daarbij om de mate waarin de gronden van het (hoger) beroep de omvang van het geding werkelijk beperken. Bij procedurele (Awb-)gebreken is dit bij beide appèlcolleges zonder meer het geval: deze worden, tenzij ze van openbare orde zijn, door de rechter alleen getoetst wanneer appellant ter zake gronden heeft aangevoerd. Bij materiële gebreken loopt de benadering echter enigszins uiteen. In algemene zin kan men stellen dat de Afdeling zich hierbij vrij strikt oriënteert op de aangevoerde gronden, terwijl de CRvB in sommige zaken, namelijk de arbeidsongeschiktheidszaken, de gronden ruim interpreteert, zodat ook onderdelen van het besluit die in de gronden niet zijn aangevallen, maar die samenhang vertonen met wel aangevochten gronden, (ambtshalve) in de beoordeling kunnen worden meegenomen. Bij deze geschillen valt ambtshalve toetsing en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden samen.

Overigens ziet men bij de ABRs in ruimtelijke-orderingsgeschillen ook een minder beperkte benadering. Deze heeft tot gevolg dat prealabele kwesties als de toetsing aan het bestemmingsplan, de toetsing van de anticipatiegrondslag voor een vrijstelling, alsmede de toetsing van de noodzaak van een melding of vrijstelling, ambtshalve worden 'meegenomen'. De Afdeling baseert deze toetsing in een deel van de uitspraken op artikel 8:69, tweede lid Awb, in andere spreekt zij echter van ambtshalve toetsing (van de bevoegdheidsgrondslag). Helemaal consistent lijkt de lijn op dit punt nog niet. Wel kan worden vastgesteld dat deze ambtshalve 'uitbreiding' door de Afdeling steeds in lijn is met de vordering van appellant en dat zij achterwege blijft wanneer dat zou leiden tot een reformatio in peius.

Een tweede verschil tussen de ABRs en de CRvB ziet men bij de mate waarin deze colleges zelf ambtshalve feitenonderzoek laten verrichten. Bij de Afdeling komt dit nooit voor, bij de CRvB nu en dan. Met name gaat de CRvB nog wel eens over tot het vragen van een nieuw medisch advies.

7.1.3 *Object van geding en nieuwe gronden en argumenten in appèl (par. 3.2, 4.2, 4.5 en 4.6)*

Wat betreft het object van geding in appèl, bestaat er verschil tussen de ABRs en de CRvB (par. 3.2.6). De Afdeling heeft er principieel voor gekozen dat de uitspraak in eerste aanleg object van geding in hoger beroep is: bekeken wordt of de eerste rechter, gegeven de omvang van het geding in eerste aanleg, de zaak juist heeft beoordeeld. De CRvB voert op dit punt geen vaste koers. In sommige uitspraken kiest de CRvB voor de opvatting van de Afdeling en is de uitspraak van de eerste rechter het vertrekpunt van beoordeling, in andere uitspraken wordt het bestreden besluit beoordeeld zonder dat de uitspraak van de eerste rechter een rol lijkt te spelen, en in weer andere combineert men beide lijnen.

Dit verschil in object van appèl is een van de redenen dat de benadering van beide appèlrechters bij het toelaten van nieuwe gronden en argumenten in appèl verschilt. De ABRs heeft gekozen voor een model, waarin soms al vanaf de fase van bezwaar grenzen worden gesteld aan het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten in de volgende fasen van het proces. Dit model past de Afdeling toe in

zowel tweepartijengeschillen als in drie- of meerpartijengeschillen. Meer specifiek worden de volgende beperkingen gehanteerd.

In de eerste plaats kunnen nieuwe argumenten, gegevens en bewijs soms al niet meer bij de eerste rechter – en uiteraard evenmin in appèl – worden ingebracht, omdat zij niet in bezwaar (of administratief beroep) naar voren zijn gebracht (par. 4.2). Het gaat dan om gegevens die reeds in deze bestuurlijke fase tot het bewijsdomein van de burger behoorden. In de regel kunnen deze nieuwe gegevens alleen door de rechter buiten de beoordeling worden gelaten, indien het bestuur in de fase van bezwaar duidelijk heeft aangegeven welk(e) bewijs(middelen) van de burger werd(en) verwacht. In een aantal zaken wordt het inbrengen bij de eerste rechter van nieuwe gegevens door appellant echter niet toegestaan, terwijl uit de motivering van de uitspraak niet duidelijk wordt dat de desbetreffende gegevens in de bestuurlijke fase tot het (exclusieve) bewijsdomein van de burger behoorden en/of het bestuur ter zake van deze bewijslast in bezwaar duidelijke voorlichting heeft gegeven.

In de tweede plaats beperkt de Afdeling – vanuit het principiële uitgangspunt dat in appèl de uitspraak van de rechtbank object van geding is – de herkansingsfunctie van het appèl in die zin dat het pas in appèl inbrengen van nieuwe gronden en ingrijpende nieuwe argumenten (bewijs) in het algemeen een rechtvaardiging vereist (par. 4.5).

- Voor wat betreft nieuwe gronden leidt dit uitgangspunt afgaande op de gepubliceerde rechtspraak er vrijwel steeds toe, dat deze niet meer in de appèlbeoordeling kunnen worden meegenomen omdat er geen rechtvaardiging is waarom zij niet reeds in een eerdere fase van de procedure zijn aangevoerd. In de ongepubliceerde rechtspraak ziet men daarentegen soms een meer 'soepele' Afdeling, die nieuwe gronden wel meeneemt. Meestal wordt daarbij echter niet aangegeven of en, zo ja, welke rechtvaardiging er bestond voor het pas in appèl aanvoeren van de nieuwe grond.
- Voor het aanvoeren van nieuwe argumenten (bewijs) in appèl wordt wel vaker expliciet een rechtvaardigingsgrond vermeld. Mogelijke rechtvaardigingsgronden zijn: in eerste aanleg waren de nieuwe argumenten of stukken nog niet beschikbaar; in eerste aanleg heeft betrokkene onvoldoende mogelijkheden gehad om de nieuwe argumenten in te brengen; instemming door de wederpartij. Daarnaast kan in algemene zin worden opgemerkt dat een in eerste aanleg gedaan beroep op het gelijkheidsbeginsel in appèl nader kan worden geadstrueerd, zij het niet pas ter zitting. Ontbreekt een rechtvaardigingsgrond voor het pas in appèl aanvoeren van nieuw argumenten of bewijs, dan worden deze buiten de beoordeling gelaten.

In de derde plaats kan het beginsel van een goede procesorde een beperking opleveren voor het in de appèlbeoordeling meenemen van nieuwe gronden of argumenten (par. 4.6). In de ABRS-rechtspraak wordt dit beginsel in twee betekenissen gehanteerd. In de ruime betekenis dient het als argument om in appèl gronden en argumenten buiten de beoordeling te laten die zonder rechtvaardiging niet reeds in eerste aanleg of – in een enkel geval – in bezwaar (of administratief

beroep) zijn aangevoerd. Het beginsel dient derhalve mede als basis voor de hiervoor genoemde beperkingen. In de enge betekenis is er sprake van een procesbeginsel, dat de zorgvuldigheid van het bestuursproces per instantie beoogt te waarborgen. Het gaat hier primair om het waarborgen van verdedigingsrechten (hoor en wederhoor) en het waarborgen van een goede voorbereiding door de rechter (dossierkennis). In verband met het beginsel van een goede procesorde in de enge betekenis is het doorgaans niet mogelijk dat nieuwe argumenten (bewijs) pas ter zitting worden ingebracht.

In de benadering van de CRvB wordt het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten in appèl minder beperkt en wel om diverse redenen.

In de eerste plaats accepteert de CRvB, anders dan de Afdeling, het aanvoeren van nieuwe argumenten, gegevens of bewijsstukken bij de eerste rechter of in appèl, ook al hadden deze reeds in de fase van bezwaar of eerder door appellant kunnen worden aangevoerd en behoorden zij tot het bewijsdomein van appellant (par. 4.2). Volgens de CRvB staat het partijen vrij hun stellingen met betrekking tot de juistheid van de feiten tijdens de behandeling van het (hogere) beroep nader te staven met later opgekomen bewijsmiddelen. Het verwijt dat de burger kan worden gemaakt dat hij bepaalde stukken niet eerder aan het bestuursorgaan ter hand heeft gesteld, kan worden verdisconteerd in het (partieel) achterwege laten van de veroordeling van het bestuur in de proceskosten, dan wel in een reductie (eventueel tot nul) van de toe te kennen schadevergoeding.

In de tweede plaats kiest de CRvB voor een tamelijk ruime herkansingsmogelijkheid in appèl. Voor wat betreft het toelaten van nieuwe gronden in appèl, lijkt de hoofdlijn van de CRvB te zijn, dat deze in de beoordeling worden meegenomen zolang de wederpartij maar voldoende gelegenheid heeft gehad voor verweer en de gronden in primo niet bewust achterwege zijn gelaten. Van deze hoofdregel wordt afgeweken wanneer de nieuwe grond slechts summier is aangeduid en deze grond ook overigens niet erg waarschijnlijk is. In ambtenarenzaken ziet men overigens uitspraken waaruit een strenger beeld naar voren komt en nieuwe gronden in appèl buiten de beoordeling blijven omdat ze zonder rechtvaardiging niet eerder in de procedure naar voren zijn gebracht. Deze uitspraken passen goed bij de rechtspraak van de ABRs. Op het punt van het pas in appèl aanvoeren van nieuwe argumenten (bewijs) stelt de CRvB maar weinig grenzen. Zolang de wederpartij in appèl maar voldoende mogelijkheden heeft gehad zich hiertegen te verweren, worden nieuwe argumenten door de CRvB in de beoordeling meegenomen, zelfs wanneer deze in eerste aanleg terecht buiten de beoordeling zijn gelaten, omdat ze in die procedure te laat waren aangevoerd. De CRvB bewaakt in dit verband de 'goede procesorde' per instantie. Aldus past men – anders dan de ABRs – het beginsel van een goede procesorde alleen in de enge betekenis toe.

7.1.4 *Uitbreiding van het geding in appèl*

Zoals hiervoor (par. 7.1.2) aangegeven, wordt het geding in appèl in beginsel beperkt door hetgeen appellant in appèl tegen de uitspraak van de eerste rechter heeft aangevoerd. Op twee manieren kan de omvang van het geding vervolgens

weer worden gewijzigd, namelijk door het toelaten van 'eigen' gronden van geïntimeerde en het meenemen van nader genomen besluiten in de zin van artikel 6:18 Awb in appèl. Ten aanzien van beide onderwerpen loopt de rechtspraak van CRvB en ABRS enigszins uiteen.

Gronden van geïntimeerde en incidenteel appèl (par. 4.4)

De omvang van het appèlgeding wordt bepaald (en beperkt) door de vordering van appellant en de in dat kader door hem geproduceerde gronden. De geïntimeerde (gedaagde) produceert in beginsel geen eigen gronden in appèl, maar reageert op de gronden die door appellant zijn geformuleerd. De vraag kan worden opgeworpen of het wenselijk is dat de geïntimeerde 'eigen' gronden in appèl kan inbrengen door het creëren van de mogelijkheid van (voorwaardelijk) incidenteel appèl. Deze vraag is in paragraaf 4.4.6 behandeld en komt nog terug in paragraaf 7.4.1. Op deze plaats wordt volstaan met het weergeven van de stand van zaken bij beide appèlcolleges.

Vastgesteld kan worden dat het inbrengen door geïntimeerde van gronden die door de rechtbank niet zijn beoordeeld (omdat de zaak op een andere grond kon worden afgedaan), niet problematisch is. Vanwege de devolutieve werking van het appèl zijn deze volgens de rechtspraak van beide appèlcolleges in appèl weer in geding wanneer zij relevant worden omdat de uitspraak van de rechtbank niet door de beugel kan.

Voor wat betreft de gronden die in eerste aanleg zijn verworpen – en die omdat men op een andere grond gelijk kreeg, onberoepen zijn gebleven – ligt de situatie complexer. De CRvB is, mede omdat de mogelijkheid van incidenteel appèl in het bestuursprocesrecht ontbreekt, relatief ruimhartig met het toelaten hiervan in die zin dat deze gronden door geïntimeerde via het verweerschrift (wederom) in appèl kunnen worden ingebracht, indien zij samenhang vertonen met de beslissing van de rechtbank die door appellant in appèl is aangevochten. Als gevolg hiervan is er de facto én partieel – namelijk alleen voorzover wordt voldaan aan het samenhangcriterium – sprake van een jurisprudentieel incidenteel appèl. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de toepassing van het samenhangcriterium tamelijk casuïstisch is en niet in alle opzichten goed voorspelbaar, en voorts dat het criterium uiteraard zijn beperkingen kent. Gronden die in een verder verwijderd verband staan van de door appellant aangevochten beslissing, alsmede nieuwe gronden of vorderingen kunnen door geïntimeerde niet worden aangevoerd.

De ABRS lijkt zich ten aanzien van inbrengen door geïntimeerde van in eerste aanleg verworpen gronden iets terughoudender op te stellen. Alleen wanneer deze gronden *onlosmakelijk* samenhangen met de beslissing van de rechtbank waartegen het hoger beroep van appellant is gericht, kunnen zij in appèl (wederom) worden ingebracht. Uitspraken waarin dit het geval was, zijn niet aangetroffen.

Nadat de rechtspraak van beide appèlrechters inzake de toepassing van artikelen 6:18 en 6:19 Awb in appèl aanvankelijk nogal wat verschillen liet zien – grosso modo kwam het erop neer dat de CRvB nader genomen besluiten hangende hoger beroep in de regel in de beoordeling meenam, terwijl de Afdeling op dit punt nogal terughoudend was – is deze in de loop der tijd steeds meer geharmoniseerd. Op belangrijke punten bestaat daardoor overeenstemming. Zo gaan beide colleges ervan uit dat ook het besluit waarbij na vernietiging opnieuw in de zaak wordt voorzien, onder de werking van artikelen 6:18 en 6:19 Awb valt (ook al zou men dat op basis van de tekst van de wet niet verwachten). Daarnaast lijkt het erop dat ook de ABRs inmiddels de toepassing van beide artikelen in appèl aanvaardt indien uitsluitend het bestuursorgaan hoger beroep heeft ingesteld. De CRvB was de Afdeling hierin voorgegaan. Naast deze overeenstemming op hoofdlijnen zijn er ook kleine verschillen in de toepassing (zie par. 4.7.2):

- Volgens de CRvB kunnen artikelen 6:18 en 6:19 ook worden toegepast op een nader genomen besluit dat strekt tot reparatie van een bevoegdheidsgebrek. In ABRs-rechtspraak komt men deze toepassing vooralsnog niet tegen.
- In het algemeen is de ABRs meer dan de CRvB geneigd om met toepassing van artikel 6:19, tweede lid Awb de behandeling van het beroep tegen het nader genomen besluit terug te wijzen naar de rechtbank.
- In de opvatting van de CRvB gaat het fictieve beroep tegen het nader genomen besluit vóór het reële beroep. Daarom is de rechtbank niet bevoegd een beroep tegen een nader genomen besluit zonder meer in behandeling te nemen en is een bestuursorgaan niet bevoegd een bezwaar tegen een dergelijk besluit te behandelen. Verwijzing naar de appèlrechter is aldus een plicht. De Afdeling laat het aan partijen over welk middel zij kiezen en legt de rechtbank niet op dat de zaak naar de appèlrechter moet worden verwezen.

Deze verschillen leiden er gezamenlijk toe dat artikelen 6:18 en 6:19 Awb in de appèlpraktijk van de CRvB in wat ruimere mate worden toegepast dan in die van de Afdeling.

7.1.5 *Afdoening en motivering in appèl (hoofdstuk 6)*

Wat betreft de afdoening in appèl, is de benadering van beide appèlrechters zeer vergelijkbaar. Komt het tot een vernietiging van de eerste uitspraak, dan doen beide rechters als het even kan de zaak zelf af en wordt terugwijzing naar de eerste aanleg vermeden. Dat men de zaak zelf afdoet, wil overigens niet zeggen dat het geschil daarmee beëindigd is. In geval van vernietiging van het besluit, zal de zaak vanwege de resterende beleids- of beoordelingsvrijheid doorgaans (moeten) worden teruggewezen naar het bestuursorgaan. Dit moet met inachtneming van de uitspraak een nieuw besluit nemen, hetgeen kan leiden tot nieuwe gerechtelijke procedures. Dit 'gevaar' doet zich vooral voor bij die geschillen in het domein van de ABRs waarbij sprake is van afweging van diverse particuliere

belangen en het algemeen belang. Deze karakteristiek van het bestuursproces – waarop men vanuit de optiek van een finale geschillenbeslechting kritiek kan hebben – blijft in dit onderzoek als zodanig buiten beschouwing.⁴ Ten aanzien van de afdoening kan er verder nog op worden gewezen dat het bij beide rechters, maar vooral bij de Afdeling, regelmatig voorkomt dat de uitspraak van de eerste rechter wordt bevestigd met verbetering van gronden. Zulks geschiedt met het oog op de rechtsontwikkeling en rechtseenheid.

De vraag naar de motivering van de appèluitspraken is in het onderzoek toegepast op de problematiek van de omvang van geding in ruime zin. Ten aanzien hiervan is vooral kritiek mogelijk op de Afdeling. Deze kritiek betreft eerst en vooral de wijze waarop zij beperkingen bij het aanvoeren van nieuwe gronden en argumenten in (hoger) beroep verdedigt. Hoewel de contouren van de opvatting van de ABRS inmiddels zichtbaar beginnen te worden, heeft zij relatief lang op dit punt onduidelijkheid laten bestaan. Wij verwijzen hierbij naar de kritische opmerkingen in de literatuur dat de Afdeling in dit verband onvoldoende onderscheid maakt tussen vragen van bewijslast en de uitwerking van het beginsel van een goede procesorde, alsmede dat zij dit beginsel overmatig, want misplaatst gebruikt.⁵ Ook thans is de opstelling van de ABRS op het punt van toelaten van nieuwe argumenten en gronden nog niet in alle opzichten volledig duidelijk. Zo wordt het inbrengen van nieuwe gegevens bij de eerste rechter in sommige uitspraken niet toegestaan, terwijl uit de motivering van de uitspraak niet duidelijk blijkt dat de desbetreffende gegevens in de bestuurlijke fase tot het (exclusieve) bewijsdomein van de burger behoorden en/of het bestuur ter zake van deze bewijslast duidelijke voorlichting had gegeven. Aldus wekt de Afdeling de indruk een meer rigide bewijsfuk te hanteren dan zij waarschijnlijk bedoelt (par. 4.2). Daarnaast is het toch opmerkelijk dat de Afdeling uitspraken, waarin zij zich soepel opstelt bij het toelaten van nieuwe gronden in appèl, op dit punt meestal niet nader motiveert (par. 4.5). Daardoor krijgt men onvoldoende zicht op de mogelijke rechtvaardigingsgronden voor het pas in appèl inbrengen van nieuwe gronden.

In de tweede plaats kan men enigszins kritisch zijn over argumentatie van de mate waarin ambtshalve wordt getoetst, casu quo de rechtsgronden worden aangevuld: zo is het onduidelijk waarom de dwingende rechtsgrondstrijd met het bestemmingsplan altijd ambtshalve moet worden aangevuld, casu quo ambtshalve wordt getoetst, terwijl dit niet geldt voor de even dwingende rechtsgrondstrijd met de bouwverordening.

7.2 KWALITEIT OPNIEUW BEKEKEN

In hoofdstuk 2 is het begrip kwaliteit vanuit vier invalshoeken geoperationaliseerd: de functies van het hoger beroep, de eisen van het internationale recht, de beginselen van behoorlijk procesrecht en de karakteristieken van het bestuurs-

4. Zie voor deze kritiek bijv. Polak 2000.

5. Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000, p. 220. Zie ook par. 6.3.

proces. Hierna worden de bevindingen uit het onderzoek aan de hand hiervan beoordeeld.

7.2.1 *Functies van hoger beroep*

In de benadering van het bestuursrechtelijk appèl van de Afdeling nemen de *controlefunctie* en *rechtseenheidsfunctie* een belangrijke plaats in. Het belang dat de Afdeling aan de controlefunctie toekent, blijkt reeds uit het feit dat de uitspraak van de eerste rechter principieel als object van geding in hoger beroep wordt aangemerkt. Daarnaast past het in beperkte mate toelaten van nieuwe gronden en argumenten goed bij deze functie. Ook vanuit de rechtseenheidsfunctie is deze lijn overigens aangewezen, omdat aldus het aantal appèlzaken, alsook het feitenonderzoek dat in appèl alsnog moet worden verricht, beperkt blijft. Ten slotte kan worden gewezen op vele uitspraken waarin de Afdeling met het oog op de rechtseenheid en rechtsontwikkeling de door de rechtbank aangevoerde gronden verbeterd of nader uitwerkt ('elaboreert'). De ambitie van de Afdeling is duidelijk het leiding geven aan de eerste aanleg. Hierbij kan wel als kanttekening worden geplaatst dat de motivering van de uitspraken van de Afdeling soms zodanig (summier) is, dat beide genoemde functies minder tot hun recht komen. In dit rapport is dit kritiekpunt met name naar voren gekomen in verband met het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten in (hoger) beroep (zie par. 7.1.5). De onduidelijkheden die ten aanzien van dit onderwerp hebben bestaan en soms nog bestaan, zijn onwenselijk vanuit de optiek van de gebruikers van de appèl-rechtspraak – rechtbanken en (mogelijke) partijen – maar ook voor het gezag van de Afdeling.

Mede als gevolg van de nadruk op controle en rechtseenheid heeft de Afdeling gekozen voor een *beperkte vorm van herkansing*. In het algemeen is de lijn dat *nieuwe gronden en ingrijpende nieuwe argumenten (bewijs)* in appèl niet zonder meer kunnen worden aangevoerd, maar dat daarvoor een rechtvaardiging nodig is waarom deze niet in een eerdere fase van de procedure reeds zijn ingebracht. Daarnaast wordt ook het aanvoeren van nieuwe argumenten (bewijs) in eerste aanleg soms beperkt, namelijk wanneer de desbetreffende gegevens, gelet op de bewijslast in de bestuurlijke fase, uiterlijk in bezwaar hadden moeten worden ingebracht. De keuze voor een beperkte herkansing ziet men zowel in tweepartijengeschillen als in drie- of meerpartijengeschillen.

In de appèlbenadering van de CRvB is gekozen voor een *ruime vorm van herkansing*. Het aanvoeren van nieuwe gronden in appèl wordt in het algemeen toegestaan zolang de wederpartij maar voldoende gelegenheid heeft gehad voor verweer en de gronden in primo niet bewust achterwege zijn gelaten. Aan het inbrengen van nieuwe argumenten (bewijs) worden maar weinig grenzen gesteld. Daarbij gaat de CRvB zelfs zover dat bewijs dat in eerste aanleg wegens strijd met de goede procesorde terecht buiten beschouwing is gelaten, in appèl alsnog kan worden aangevoerd.

Het vooropstellen van de herkansingsfunctie betekent niet dat de andere twee functies van appèl worden verwaarloosd. De *rechtseenheidsfunctie* komt in het

algemeen goed tot zijn recht. De *controlefunctie* krijgt in steeds meer uitspraken expliciete aandacht in die zin dat de uitspraak in eerste aanleg aanknopingspunt is voor de beoordeling in appèl. Ook het 'elaboreren' op de gronden van de eerste rechter komt daarin regelmatig voor. In andere uitspraken is de aandacht voor de controlefunctie echter minder expliciet, aangezien daarin het besluit onafhankelijk van de uitspraak van de eerste rechter wordt beoordeeld.

7.2.2 *Internationale eisen en beginselen van behoorlijk proces*

Wat betreft het internationale recht, vraagt alleen de rechtspraak van de ABRS aandacht, volgens welke feitelijke gegevens en argumenten die behoren tot het bewijsdomein van de burger en die niet reeds zijn aangevoerd in de bezwarenfase, niet meer kunnen worden ingebracht in (hoger) beroep. De vraag kan worden opgeworpen hoe deze beperking zich verhoudt tot de op grond van het artikel 6 EVRM vereiste van een *full jurisdiction* te stellen eis dat de rechter 'all questions of fact and law relevant to the dispute' moet kunnen onderzoeken. In dit verband kan het volgende worden gesteld.

Eerst en vooral zijn wij niet overtuigd van de rechtvaardiging die Daalder en Schreuder-Vlasblom met het oog op artikel 6 EVRM voor deze ABRS-rechtspraak aanvoeren.⁶ Zoals in paragraaf 4.2.2 aangegeven, achten zij de eis van een *full jurisdiction* hierdoor niet geschonden, omdat deze eis alleen betrekking heeft op de feiten die *relevant to the dispute* zijn, een en ander gegeven de aard en het object van het aan de rechter voorgelegde geschil. Naar Nederlands recht heeft het geschil geen betrekking op de aanvraag zelf, maar op de (on)rechtmatigheid van het naar aanleiding van die aanvraag genomen besluit. Voor het beoordelen van dit geschil zijn de feiten die in de bestuurlijke fase behoorden tot het bewijsdomein van de burger en waarop het bestuur die burger uitdrukkelijk heeft gewezen, niet meer relevant. De reden waarom wij deze rechtvaardiging niet overtuigend achten, is, dat zij uitgaat van een louter nationale invulling van de frase *relevant to the dispute*. Ons inziens is het onwaarschijnlijk dat het EHRM beide auteurs daarin zal volgen, omdat daarmee potentieel de bijl aan de wortels wordt gelegd van het vereiste van een *full jurisdiction* voor wat betreft het rechterlijke feitenonderzoek. Immers, als het EHRM een louter nationale invulling van deze frase accepteert, zet het Hof (ook) de deur open voor nationaal procesrecht waarin elk of vrijwel elk feitenonderzoek door de eerste rechter wordt uitgesloten. Dat lijkt ons, mede gelet op de in paragraaf 2.3.4 gesignaleerde, kritische houding van het EHRM ten opzichte van beperkingen van het rechterlijke feitenonderzoek, niet erg waarschijnlijk. Ons inziens moet een rechtvaardiging voor de Afdelingsbenadering dan ook op een andere wijze worden geconstrueerd.

Deze rechtvaardiging kan mogelijk wel worden gevonden in de jurisprudentielijn van het Hof die is ingezet met de zaak Bryan.⁷ Zoals in paragraaf 2.3.4 is vastge-

6. Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000, p. 219.

7. EHRM 22 november 1995, Bryan, Series A, Vol. 335-A. Zie ook EHRM 7 november 2000, Kingsley, NJB-katern 2001, p. 128, nr. 3.

steld, kunnen op grond daarvan beperkingen van het rechterlijke feitenonderzoek acceptabel zijn, indien hiervoor een bijzondere rechtvaardiging kan worden gevonden in het gespecialiseerde karakter van de desbetreffende feiten én de bestuurlijke feitenvaststelling met de nodige quasi-rechterlijke waarborgen is omkleed. Bezieet men in dit licht de rechtspraak van de Afdeling, dan kan worden vastgesteld dat het doorgaans gaat om feiten met een tamelijk gespecialiseerd karakter en dat de bezwarenprocedure waarin de feitenvaststelling uiteindelijk plaatsvindt, op zichzelf met de nodige semi-rechterlijke waarborgen is omkleed. Op zich kan de rechtspraak van de Afdeling derhalve binnen de Bryan-criteria worden gerechtvaardigd. Van groot belang daarbij is wel dat het voor appellant zonder meer duidelijk moet zijn welk bewijs van de feiten reeds in de bezwarenfase moet worden aangevoerd. Bestaat daarover onduidelijkheid omdat het bestuur de betrokken burger daaromtrent onvoldoende adequaat heeft geïnformeerd, dan heeft de burger geen daadwerkelijk effectieve mogelijkheid om gebruik te maken van procedurele waarborgen waarin de bezwarenprocedure op zichzelf kan voorzien. Wordt ook in zo'n geval het feitenonderzoek door de rechter vervolgens beperkt, dan betekent dat ons inziens een te vergaande uitholling van het recht op een full jurisdiction als bedoeld in artikel 6 EVRM. Zoals in paragraaf 4.2 opgemerkt, blijkt uit de motivering van sommige Afdelingsuitspraken niet altijd even helder dat men zich er in voldoende mate van heeft overtuigd of de burger door het bestuur adequaat is voorgelicht over de in de bezwarenfase op hem berustende bewijslast.

7.2.3 *Beginselen van procesrecht*

Wat betreft de beginselen van procesrecht, geven vooral de meer proceseconomische eisen van *redelijke termijn* en *finaliteit* aanleiding tot enige beschouwingen. De aanpak van de CRvB, waarin vrij veel ruimte wordt gelaten voor het aanvoeren in appél van nieuwe gronden en argumenten (bewijs), kan uiteraard leiden tot verlenging van de procedure. Gevaar voor strijd met het beginsel van de redelijke termijn levert dit bij de zaken waarover de CRvB oordeelt, ons inziens echter in het algemeen niet op. Eerst en vooral reeds, omdat deze verlenging alsdan is veroorzaakt door de appellant. Volgens de rechtspraak van het EHRM is er geen sprake van overschrijding van de redelijke termijn, wanneer de vertragingen zijn veroorzaakt door de klager zelf.

Verder is van belang dat het bij de geschillen in het domein van de CRvB doorgaans gaat om rechtstoepassing (zonder veel beleids- of beoordelingsvrijheid). Daardoor is na een uitspraak van de Raad – ook al voorziet deze niet zelf in de zaak – doorgaans wel duidelijk hoe het nieuwe bestuursbesluit moet luiden. In zoverre wordt het geschil finaal beslecht. Daaraan draagt ook bij dat de CRvB in ruime mate toepassing geeft aan de artikelen 6:18 en 6:19 Awb.

Ten slotte kan worden gewezen op het feit dat het bij de CRvB meestal om tweepartijengeschillen gaat. Voorzover de procedure wordt verlengd doordat appellant pas in (hoger) beroep bepaalde gronden of argumenten aanvoert, is deze verlenging in de desbetreffende tweepartijengeschillen vooral vervelend voor hemzelf.

Bestuursorganen hebben, aangezien het 'slechts' gaat om financiële claims, in beginsel 'alle tijd'. De rechtszekerheid van derden is niet in het geding.

Bij veel – maar niet alle – geschillen in het domein van de AERS ligt het voorgaande anders. Bij deze geschillen, bijvoorbeeld in de sfeer van het omgevingsrecht (ruimtelijke ordening, milieu), is geen sprake van rechtstoepassing maar van belangenafweging, zodat de uitspraak van de Afdeling lang niet altijd het geschil finaal beslecht. Bovendien kunnen hierbij het rechtszekerheidsbelang van derden, alsook het door het bestuursorgaan behartigde algemeen belang een predominante rol spelen. In dergelijke geschillen is vanuit overwegingen van redelijke termijn en finaliteit een beperking van het geding verdedigbaar. De verlenging van de procedure als gevolg van het toelaten van nieuwe gronden en argumenten die eerder hadden kunnen worden ingebracht, kan dan immers ten koste gaan van de belangen van derden en het algemeen belang. Overigens zij benadrukt dat deze overwegingen niet voor alle geschillen binnen het domein van de Afdeling in dezelfde mate opgaan.

7.2.4 Karakteristieken van het bestuursproces

Wat betreft de karakteristieken van het bestuursproces, kan worden opgemerkt dat de keuze voor de *rechtsbeschermingsfunctie* door beide appelrechters is opgevat als een aansporing om de door appellant aangevoerde gronden als beperkende factor voor de omvang van het geding (in appèl) te beschouwen. Wat betreft procedurele (Awb-)gronden, houden beide appelrechters zich strikt aan deze beperking. Voor wat betreft materiële gronden, weet de CRvB – door het in sommige geschillen ruim interpreteren hiervan – en de Afdeling in ruimtelijke-ordeningsgeschillen – door de toepassing van diverse bepalingen steeds amtsshalve te controleren – een zekere verruiming te bewerkstelligen. Deze 'beperkende' rechtspraak kan binnen de – op dit punt overigens niet al te sturende – opvattingen van de wetgever op zichzelf worden gerechtvaardigd. Wel moet worden vermeden dat appellanten te zeer worden gebonden aan hun gronden. Het feit dat een bepaalde grond niet is aangevoerd, hoeft immers, ook volgens de wetgever, niet te betekenen dat dit welbewust is geschied. Voor de eerste aanleg past daarom een welwillende houding bij de interpretatie van de aangevoerde gronden; doorvragen is niet verboden.

Verder is een opmerking op zijn plaats over de meer 'sociale' karakteristieken van de bestuursrechtspraak. In de eerste plaats gaat het daarbij om het gegeven dat de bestuursrechter een actieve rechter is, die binnen de grenzen van het geding op zoek gaat naar de materiële waarheid, waarbij het beginsel van ongelijkheidscompensatie als uitgangspunt dient. In de benadering van de CRvB is deze karakteristiek duidelijk herkenbaar. Bij de Afdeling is dit in mindere mate het geval, met name door de beperkingen bij het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten. Als gevolg hiervan wordt in sommige uitspraken in feite uitgegaan van een formele waarheid, namelijk zoals die blijkt uit het tijdig ingebrachte bewijs. Ongelijkheidscompensatie lijkt in zoverre geen echte leidraad van de benadering

van de Afdeling. Overigens hoeft dit niet voor alle geschillen negatief te worden beoordeeld. Immers, ook volgens de wetgever is er voor compensatie minder aanleiding wanneer de feitelijke ongelijkheid tussen burger en bestuur minder groot is, alsmede in drie- en meerpartijengeschillen. Veel geschillen binnen het domein van de Afdeling – maar niet alle – voldoen aan deze criteria. Wat betreft de laagdrempeligheid van het bestuursproces en de daarmee samenhangende afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging, kan worden opgemerkt dat het bestuursproces de laatste jaren onmiskenbaar is geformaliseerd. Deze trend is vooral zichtbaar in de benadering van de Afdeling en betreft daarin niet alleen de fase van beroep en appèl, maar in sommige zaken ook de bezwarenprocedure. Echt laagdrempelig kan het bestuursproces in zoverre niet worden genoemd.

7.2.5 Eindoordeel

Voor een deel hangt het kwaliteitsoordeel over de appèlrechtspraak af van de rechtspolitieke keuze die men maakt voor een bepaalde benadering van appèl. Voor een deel is dat niet het geval. Wij wijzen nogmaals op de summiere en niet altijd duidelijke motivering door de Afdeling op het punt van het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten in (hoger) beroep (zie par. 7.1.6). Voor het overige gaat het om keuzes waarbij een bepaalde keuze wel consequenties heeft voor de richting waarin het bestuursproces zich verder zal ontwikkelen. Hierna worden de keuzes en de daaraan verbonden consequenties in kaart gebracht. Op grond hiervan kan de wetgever zijn standpunt bepalen.

Men kan over de hele linie kiezen voor de appèlbenadering van de Afdeling. In dat geval is herkansing in appèl door middel van het inbrengen van nieuwe gronden en nieuwe ingrijpende argumenten (bewijs) slechts in beperkte mate mogelijk, namelijk als er een rechtvaardiging bestaat waarom deze niet eerder in de procedure zijn ingebracht. Deze benadering heeft voordelen vanuit de (proceseconomische) optiek van de redelijke termijn en finaliteit, hetgeen zeker voor geschillen waarin een echte belangenafweging ter toets staat en belangen van derden zijn betrokken, niet onbelangrijk is. Bovendien kunnen met deze aanpak de rechtseenheidsfunctie en de controlefunctie van het appèl in beginsel goed tot hun recht komen en bevordert deze benadering een optimaal gebruik van de eerste aanleg. Minder positief kan de benadering van de ABRS worden gewaardeerd vanuit de optiek van laagdrempeligheid en materiële waarheidsvinding. Ten slotte kan worden opgemerkt dat toepassing van deze benadering op geschillen die tot het domein van de CRvB behoren, voor deze geschillen een achteruitgang in de rechtsbescherming betekent. Dit staat op gespannen voet met de wensen van de wetgever in 1994.

Men kan ook over de hele linie kiezen voor de benadering van de CRvB. In dat geval biedt het appèl een ruime herkansingsmogelijkheid van partijen omdat zij fouten op het punt van het inbrengen van gronden en argumenten veelal tot in appèl kunnen herstellen. De controlefunctie en rechtseenheidsfunctie zijn in dit model ondergeschikt aan de herkansingsfunctie. Omdat in appèl ook nieuwe argumenten kunnen worden aangevoerd die in eerste aanleg terecht wegens

strijd met de goede procesorde buiten toepassing waren gelaten, wordt een optimaal gebruik van de eerste aanleg minder bevorderd dan in de Afdelingsbenadering. Toepassing van de CRvB-benadering over de hele linie van het appèl zal leiden tot verlenging van procedures, hetgeen met name voor geschillen waarin een belangenafweging wordt beoordeeld en derden zijn betrokken, bezwaarlijk kan zijn. In deze benadering blijven waarden als laagdrempeligheid en materiële waarheidsvinding overeind.

Uiteraard is het ook denkbaar om voor een gedifferentieerd stelsel van appèl te kiezen, waarbij sommige geschillen volgens de Afdelingsbenadering en andere volgens die van de CRvB worden afgedaan. Deze lijn, die door de onderzoekers wordt voorgestaan, wordt in paragraaf 7.3 verder uitgewerkt.

7.3 HET BESTUURSPROCES IN DE TOEKOMST

Alvorens toe te komen aan de ons inziens wenselijke aanpak van het bestuursrechtelijk appèl, moet eerst aandacht worden besteed aan de daaraan voorafgaande fase van bezwaar en beroep in eerste aanleg. Gebleken is immers dat beperkingen in deze fasen al implicaties kunnen hebben voor de omvang van de rechtstrijd in appèl.

7.3.1 *Op weg naar het hoger beroep*

Bewijslast en bezwaar

In het voorafgaande is meermalen gewezen op de rechtspraak van de ABRS, waarbij het niet aanvoeren van bewijs in de bestuurlijke (bezwaren)fase al fatale gevolgen heeft voor de omvang van het geding in de rechterlijke fase. Daarbij is vastgesteld dat, voorzover deze lijn alleen wordt toegepast op gegevens die redelijkerwijs tot het bewijsdomein van de burger behoorden en de burger door het bestuur op adequate wijze is voorgelicht omtrent het tijdig (uiterlijk in bezwaar) inbrengen hiervan, deze rechtspraak waarschijnlijk niet in strijd is met artikel 6 EVRM (par. 7.2.2). Alsdan heeft de burger immers een reële mogelijkheid gehad om de gegevens in de – met voldoende waarborgen omklede – bezwarenprocedure naar voren te brengen. Daaraan kan worden toegevoegd dat deze rechtspraak op zich verdedigd kan worden op basis van het systeem van de Awb. Wij verwijzen kortheidshalve naar de bijdrage van Daalder en Schreuder-Vlasblom.⁸ Ten slotte kan worden vastgesteld dat deze rechtspraak soms dwingend voortvloeit uit de specifieke wettelijke bepalingen inzake het nemen van bepaalde besluiten in die zin dat in de bijzondere wettelijke regeling is voorgeschreven dat de bepaalde gegevens binnen een bepaalde dwingende termijn in de bestuurlijke fase door de aanvrager moeten worden overgelegd. Voldoet de aanvrager daaraan niet, dan moet de aanvraag – afhankelijk van de wettelijke voorschriften – buiten behandeling worden gelaten of worden afgewezen. In de rechterlijke procedure staat alsdan alleen ter beoordeling of zulks terecht is geschied; fouten uit de aan-

8. Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000; zie par. 4.2.2.

vraagfase – bijvoorbeeld het na afloop van de wettelijke termijn inbrengen van bepaalde gegevens – kunnen in de rechterlijke fase niet worden hersteld.

Lang niet altijd bevatten specifieke wettelijke regelingen echter dergelijke harde, dwingende bepalingen. De vraag die kan worden opgeworpen, is of ook in die situatie het niet voldoen door de burger aan zijn bewijslast in de bestuurlijke fase in de regel zou moeten worden 'gesanctioneerd' met het verloren gaan van de mogelijkheid om het bewijs nog bij de rechter in te brengen. De onderzoekers hebben om diverse redenen op dit punt twijfel.

In de eerste plaats kan de door de Afdeling ingezette lijn ertoe leiden dat het zwaartepunt van de verdediging voor wat betreft de feiten steeds meer in de bezwarenprocedure komt te liggen. Daarbij gaat het niet alleen om gegevens en documenten die betrokkene relatief eenvoudig kan produceren, maar ook om complexe gegevens, zoals de resultaten van een door de betrokkene geëntameerde contra-expertise. Men ziet dit geïllustreerd in de Silicose 11-uitspraak van de Afdeling, waaruit voor de desbetreffende materie voortvloeide dat een medische contra-expertise reeds in de bezwarenfase had moeten worden ingebracht.⁹ Daarnaast kan worden gewezen op het feit dat ook een contra-expertise in verband met een welstandsoordeel in de regel reeds in bezwaar moet worden aangevoerd.¹⁰ De bezwarenprocedure dreigt daardoor een belemmering te worden voor het feitenonderzoek door de eerste rechter. Bovendien zorgt dit voor een verregaande formalisering en juridisering van de bezwarenprocedure. Dit staat op gespannen voet met de opvattingen over deze procedure van de regering en past ook slecht bij de (summier) wettelijke regeling van de bezwarenprocedure in afdeling 7.2 van de Awb.

Wat betreft de opvatting van de regering kan worden vastgesteld dat de bezwarenprocedure daarin een tamelijk lichte procedure is waarin het bestuur de kans krijgt zijn besluit te heroverwegen en bestuur en burger proberen het geschil op informele wijze uit de wereld te helpen. In deze visie past het – overigens tevergeefse – verzet van de regering om de bezwarenprocedure te belasten met mogelijke proceskostenclaims en in dit licht moet ook het wetsvoorstel worden gezien waarin de bezwarenprocedure achterwege kan worden gelaten wanneer bestuur en burger daarvan toch geen oplossing verwachten.¹¹ De rechtspraak van de Afdeling staat haaks op deze visie. Zij leidt tot een polarisering van de verhoudingen in de bezwarenfase en – daardoor – tot een formalisering van deze fase.¹²

9. ABRs 28 juni 1999, AB 1999/360.

10. Vgl. Nijmeijer 2001, p. 252-253 en de door hem vermelde uitspraak van de ABRs van 18 juni 2000, 199902516/1.

11. Vergelijk de discussies over het wetsvoorstel Kosten bestuurlijke voorprocedures, Kamerstukken II, 27 024, respectievelijk het wetsvoorstel Rechtstreeks beroep, Kamerstukken II 2000-2001, 27 563.

12. Zie ook Damen 2000, die mede daarom de dreiging van standaardteksten in bezwaarschriften voorspelt, in de geest van 'voorzover op belanghebbende enige bewijslast mocht rusten, quod non, biedt de belanghebbende nu reeds aan om dit bewijs te leveren, mits door het bestuursorgaan wordt aangegeven welk bewijs relevant wordt geacht en voor het leveren ervan een redelijke termijn wordt gegund'. Zie reeds par. 4.2.2.

Wat betreft de (huidige) wettelijke regeling van de bezwarenprocedure, kan in de eerste plaats worden opgemerkt dat tot nu toe niet is voorzien in een regeling voor de vergoeding van kosten van rechtsbijstand. De formalisering van de bezwarenprocedures leidt er echter toe dat deze procedures nauwelijks nog kunnen worden gevoerd door een serieus ontwikkelde leek zonder rechtsbijstand. Bovendien voorziet afdeling 7.2 Awb niet in een regeling voor vergoeding van de kosten van een door een burger geëntameerd deskundigenonderzoek; artikel 7:8, tweede lid Awb bepaalt zelfs expliciet dat de kosten van deskundigen voor rekening zijn van de belanghebbende die deze heeft meegebracht. In de rechterlijke procedure kunnen deze kosten daarentegen via de proceskostenveroordeling van artikel 8:75 Awb worden vergoed.¹³ De verschuiving van de contra-expertise naar de bezwarenfase is derhalve financieel nadelig voor de burger.

In de tweede plaats staat de Afdelingslijn op gespannen voet met de gedachte dat in het bestuursproces de materiële waarheidsvinding vooropstaat. Deze lijn kan immers tot gevolg hebben dat de bestuursrechter zijn oordeel moet baseren op feiten die niet in bezwaar zijn aangevochten, maar wel degelijk onjuist kunnen zijn. Gelet op het feit dat het algemeen belang in het geding is, alsmede vanwege het erga omnes-karakter van bestuursbesluiten, lijkt dit niet erg aantrekkelijk. In dit verband past ook een opmerking over de stelling van de verdedigers van de Afdelingslijn, Daalder en Schreuder-Vlasblom, dat deze lijn noodzakelijk voortvloeit uit de wederzijdse verantwoordelijkheden van bestuur en burger bij de feitenvergaring.¹⁴ Op zich hebben zij gelijk met hun stelling dat het bestuur geen onzorgvuldigheid kan worden verweten indien de burger ondanks adequate informatie van de zijde van het bestuur bewijs uit zijn bewijsdomein niet tijdig heeft ingebracht. Opgemerkt kan echter worden dat ook een zorgvuldig voorbereid besluit onrechtmatig kan zijn, namelijk wanneer uit later aangevoerde extunc-gegevens blijkt dat het materieel onjuist is.¹⁵ Zorgvuldigheid is immers niet de enige maatstaf voor de (on)rechtmatigheid van een besluit.

Al met al menen wij dat het niet voldoen door de burger aan zijn bewijslast in de bestuurlijke fase niet in de regel zou moeten leiden tot het verloren gaan van de mogelijkheid om het bewijs nog bij de rechter in te brengen. Daarmee is overigens niet gezegd dat de burger niet mag worden aangesproken op zijn medeverantwoordelijkheid voor een efficiënte en betrouwbare besluitvorming in primo en in bezwaar. Dit mag wel en wanneer de burger ondanks duidelijke verzoeken van het bestuursorgaan nalatig is bij inbrengen van bewijs dat volgens de normen van redelijkheid en billijkheid tot zijn bewijsdomein behoort, mag dat repercussies hebben. De vraag is echter: welke?

Ons inziens zou in de regel moeten worden gekozen voor andere sancties dan het niet meer toelaten van bewijs bij de rechter. Daarbij valt met name te denken aan het achterwege laten van de proceskostenveroordeling en schadevergoeding. In

13. Vgl. art. 1, onder b Besluit proceskosten bestuursrecht, alsmede art. 8:36 Awb.

14. Daalder en Schreuder-Vlasblom 2000.

15. Dit lijkt de lijn te zijn van de CRvB en is de lijn van de Duitse belastingrechter. Vgl. Marseille 2001.

verband met de laatstgenoemde 'sanctie' kan worden gewezen op het in artikel 6:101 BW gecodificeerde beginsel van schadebeperking.¹⁶ Op grond hiervan wordt de vergoedingsplicht verminderd (eventueel tot nul), voorzover de schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend. Van een dergelijke omstandigheid lijkt zonder meer sprake in het geval de onrechtmatige besluitvorming kan worden toegerekend aan het feit dat de burger ondanks verzoeken van het bestuursorgaan nalatig is geweest bij het inbrengen van bewijs uit zijn bewijsdomein. Gelet hierop lijkt deze sanctie in het algemeen een behoorlijke stimulans te zijn om wel tijdig bewijs in te brengen.

De sanctie van het niet meer toelaten van bewijs bij de rechter zou ons inziens alleen in uitzonderingssituaties moeten worden toegepast en alsdan moeten worden gebaseerd op strijd met de goede procesorde. Wij denken daarbij met name aan de situatie dat een burger bepaald bewijs met opzet of met aan opzet grenzende nalatigheid niet eerder heeft ingebracht. Bij het bepalen of hiervan sprake is, zou de (geobjectiveerde) deskundigheid van de betrokken partij moeten worden meegewogen.

Partijenproces én ongelijkheidscompensatie in eerste aanleg

Gesignaleerd is dat het bestuursproces zich heeft ontwikkeld in de richting van een partijenproces, waarbij de door appellant aangevoerde gronden (zeker wat betreft procedurele punten) de omvang van het geding en – daarmee samenhangend – de ambtshalve activiteiten van de rechter beperkt. Deze lijn kan worden gebaseerd op artikel 8:69, eerste lid Awb en de daarin geïmpliceerde gedachte dat de rechtsbeschermingsfunctie in het Awb-bestuursproces vooropstaat.

Deze benadering is echter niet zonder bezwaren. Met name is het gevaar aanwezig dat een burger door onvoldoende kennis van het recht onbedoeld bepaalde gronden niet of zeer onbeholpen aanvoert. Wil men ook in dit nieuwe millennium blijven spreken van een laagdrempelig bestuursproces waarvan ongelijkheidscompensatie en afwezigheid van verplichte procesvertegenwoordiging karakteristiek zijn, dan moeten de rechters de burger niet te zeer 'afvangen' op de aangevoerde gronden. Van de rechter mag daarentegen worden verwacht dat hij nauwkeurig nagaat wat appellant met een bepaalde grond heeft bedoeld en waar de grenzen van de grond liggen. Of om de Awb-wetgever te parafraseren: uit het niet aanvoeren van bepaalde gronden mag de rechter niet zonder meer afleiden dat de burger zich op dit punt bij het besluit heeft neergelegd. Neemt de burger als gevolg van deze 'rechtshulp' de grond alsnog over, dan kan deze in de procedure worden behandeld zonder dat artikel 8:69, eerste lid Awb wordt geschonden. Immers, de rechter doet ook uitspraak op grondslag van het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting.

16. Vgl. CRvB 29 februari 1996, TAR 1996/77. Het beginsel van schadebeperking wordt ook door de ABRS toegepast, zie bijv. ABRS 15 juni 1998, JB 1998/181.

Ten slotte is er de kernkwestie van het onderzoek: welke kant moet het uit met het bestuursrechtelijk appèl? Geconstateerd is dat sinds de volledige invoering van het appèl in bestuurszaken in 1994 zich twee wijzen van aanpak hebben ontwikkeld: de beperkte herkansingsaanpak van de Afdeling, waarin de uitspraak van de rechtbank object van geding is en er alleen ruimte bestaat voor het aanvoeren in appèl van nieuwe gronden en ingrijpende nieuwe argumenten indien er een rechtvaardiging bestaat waarom deze niet eerder in de procedure zijn aangevoerd en de ruime herkansingsaanpak van de CRvB, waarin het aanvoeren van nieuwe argumenten niet en het aanvoeren van nieuwe gronden bij uitzondering wordt beperkt. Dit verschil in aanpak is op zich niet gerelateerd aan de aard van het geschil of de daarbij betrokken belangen. Zo past de Afdeling haar aanpak toe in complexe drie- of meerpartijengeschillen, maar ook in een typisch tweepartijengeschil in de sociale sfeer als een huursubsidiezaak. De burger in zo'n zaak, die kennis heeft genomen van de ruime herkansingsaanpak van de CRvB bij besluiten in de sfeer van de sociale zekerheid, zal deze verschillen in aanpak als willekeurig ervaren. In wezen zijn zij dat ook. De vraag kan worden opgeworpen of niet een meer rationale wijze van differentiatie in de aanpak van het bestuursrechtelijk appèl kan worden gevonden. Daarbij zou het volgende in overweging kunnen worden genomen.

Voorop wordt gesteld dat wij ons op zich kunnen vinden in de opvatting van de Afdeling dat de uitspraak in eerste aanleg het *primaire object van geding* in appèl is. Deze opvatting sluit aan bij de tekst van de wettelijke appèlbepalingen, doet recht aan het gegeven dat er al een rechterlijke uitspraak over het besluit ligt, en draagt aldus bij aan het gezag hiervan en bevordert het expliciete debat tussen de rechtbank en de appèlinstantie, hetgeen bijdraagt aan de kwaliteit van de rechtspraak en de rechtsontwikkeling.

Deze opvatting betekent niet dat het in primo bestreden besluit volledig uit zicht verdwijnt. In veel gevallen zal dit in appèl wel degelijk moeten worden beoordeeld, maar dan wel, voorzover mogelijk, via de band van de uitspraak in eerste aanleg. Uit de keuze voor de uitspraak in eerste aanleg als object van geding volgt ons inziens echter niet noodzakelijkerwijs, dat in hoger beroep zonder bijzondere rechtvaardigingsgrond geen nieuwe gronden of ingrijpende nieuwe argumenten (bewijs) meer kunnen worden aangevoerd. Een blik op het civiele appèl is in dit verband verhelderend. Ook in het civiele appèl is het object van geding uiteraard de uitspraak in eerste aanleg. Niettemin kunnen in verband met de herkansingsfunctie van het appèl nieuwe gronden en argumenten worden aangevoerd.¹⁷ Of men dit ook in het bestuursrechtelijk appèl wil toestaan, wordt dan ook niet zonder meer bepaald door de keuze van de uitspraak in eerste aanleg als object van geschil, maar door de mate waarin men de herkansingsfunctie van het appèl, mede in het licht van overwegingen van proceseconomie en goede procesorde, tot haar recht wil laten komen. Daarbij maken wij de volgende afweging.

17. Zie par. 2.2.1.

Ons inziens dient het uitgangspunt te zijn dat het herstel van fouten door partijen een primaire functie van (ook) het bestuursrechtelijk appèl is. Dit is het algemene uitgangspunt bij het appèl in civiele zaken en strafzaken en was (en is) de lijn van de CRvB. Dit uitgangspunt sluit daarom aan bij de verwachtingen die burgers van hoger beroep in het algemeen hebben en, gelet op de opmerkingen ter zake tijdens de parlementaire behandeling van de Awb (par. 2.2.2), ook mogen hebben van het bestuursrechtelijk appèl. Afwijking van het uitgangspunt van ruime herkansing is – zoals bij alle uitgangspunten – mogelijk, maar dient wel een bijzondere legitimatie te hebben. Deze legitimatie kan enerzijds worden gevonden in de goede procesorde, anderzijds in proceseconomische overwegingen in relatie tot de betrokken rechtsbelangen.

Het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten in appèl wordt altijd beperkt door het beginsel van een goede procesorde. Dit beginsel dient het 'goede gedrag' van de ene partij ten opzichte van de wederpartij én de rechter. Op grond hiervan kan in algemene zin worden gesteld dat partijen zich moeten inspannen om zo vroeg mogelijk in de procedure alle relevante gronden en argumenten op tafel te leggen, zodat wordt voorkomen dat de wederpartij keer op keer op een ander been wordt gezet. De toepassing van het beginsel op de kwestie van het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten in appèl vergt een afweging van diverse factoren, zoals het belang van de nieuwe grond/het nieuwe argument voor de aanvoerende partij; de mate waarin de belangen van de wederpartij(en) – het bestuursorgaan, maar ook eventuele derden – *daadwerkelijk* worden geschaad; de mate waarin de betrokkene van het niet eerder aanvoeren, mede gelet op zijn deskundigheid, een verwijt kan worden gemaakt; de mate waarin nieuwe gronden/argumenten efficiënt kunnen worden behandeld, waarbij onder meer de onderbouwing en de mate van afwijking van eerder aangevoerde gronden/argumenten van belang zijn.

In concreto levert dit harde en minder harde grenzen op. Een harde grens is dat het niet is toegestaan om op een zo laat moment in de fase van appèl nog nieuwe gronden en argumenten in te brengen, dat de wederpartij zich hiertegen niet meer adequaat kan verdedigen. Hierbij wordt gedacht aan het pas ter zitting aanvoeren van nieuwe gronden of ingrijpende nieuwe argumenten. Verder kan ook het tijdig in appèl inbrengen van nieuwe gronden of ingrijpende nieuwe argumenten strijd met de goede procesorde opleveren, namelijk wanneer deze met opzet (welbewust) niet eerder in de procedure zijn ingebracht, dan wel wanneer de betrokken partij anderszins een serieus verwijt kan worden gemaakt van het te laat inbrengen. Daarbij moet de (geobjectiveerde) deskundigheid van de partij worden meegewogen. Ten slotte kan de goede procesorde met zich brengen dat een nieuwe grond in appèl niet kan worden toegelaten, omdat deze niet of nauwelijks is onderbouwd. Van de burger die toch al laat in de procedure een geheel nieuwe grond aanvoert, mag immers worden verwacht dat hij dat zo volledig en grondig mogelijk doet en aldus de – door hem veroorzaakte – verlenging van de procedure tot een minimum beperkt. Voor 'losse flodders' is zeker in appèl geen plaats.

In veel bestuursrechtelijke geschillen kan ons inziens voor wat betreft het inbrengen van nieuwe gronden en argumenten in appèl worden volstaan met de – hiervoor beschreven – toets aan het beginsel van goede procesorde. Een uitzondering lijkt alleen op zijn plaats voor geschillen over besluiten die een afweging vereisen van verschillende particuliere rechtsbelangen en het algemeen belang. Deze besluiten liggen met name in de sfeer van het omgevingsrecht, maar kunnen bijvoorbeeld ook aan de orde zijn bij de toepassing van bepalingen uit de APV en in het economisch publiekrecht (mededingingsrecht, telecomrecht). Typisch voor deze besluiten is dat er behalve de belangen van appellant ook derdenbelangen en het algemeen belang bij betrokken kunnen zijn. De verlenging van de procedure waartoe het toelaten in appèl van nieuwe gronden leidt, betekent derhalve een aantasting van het algemeen belang en het rechtszekerheidsbelang van andere betrokkenen. Bovendien kan het oordeel van de (appèl)rechter ten aanzien van deze besluiten vanwege de doorgaans na vernietiging resterende bestuurlijke beleids- en beoordelingsvrijheid maar zelden een finale vaststelling van de rechtsbetrekking inhouden. Ook vanuit (proceseconomische) overwegingen van redelijke termijn is er derhalve reden om de herkansingsfunctie te beperken en wel als volgt.

In het algemeen zouden bij geschillen als hier bedoeld nieuwe gronden in appèl buiten behandeling kunnen worden gelaten. Daarbij gaan wij overigens niet zover dat nieuwe gronden in appèl altijd zonder meer 'verboden' zijn. Immers, in de praktijk zijn niet bij alle geschillen op de bedoelde terreinen het algemeen belang en belangen van derden even sterk betrokken. Voldoende lijkt het om de appelrechters de mogelijkheid te bieden om 'gelet op de aard van de betrokken belangen' nieuwe gronden buiten de (proces)orde te plaatsen. Wat betreft het toelaten van nieuwe argumenten in appèl, biedt het beginsel van de goede procesorde voldoende mogelijkheden om deze in de onderhavige geschillen buiten beschouwing te laten als behandeling hiervan de procedure, gelet op de betrokken belangen, onaanvaardbaar verlengt.

De conclusie van het voorafgaande is:

- als hoofdregel geldt (ook) voor het appèl in bestuurszaken dat nieuwe gronden en ingrijpende nieuwe argumenten toelaatbaar zijn (ruime herkansingsfunctie);
- van deze hoofdregel kan worden afgeweken, wanneer de goede procesorde zich tegen de toepassing ervan verzet, dan wel wanneer dit is aangewezen vanwege de aard van de bij het geschil betrokken belangen.

7.4 CONCRETE AANBEVELINGEN

7.4.1 Aan wetgever en beleid

a. De wetgever zou zich kunnen uitspreken over de richting waarin het bestuursrechtelijk appèl zich verder moet ontwikkelen. Daarbij heeft men de keuze tussen drie modellen: het beperkte herkansingsmodel van de Afdeling, het ruime herkansingsmodel van de CRvB of het gedifferentieerde model dat de onderzoekers

voorstaan (par. 7.2.5). Deze keuze zou wettelijk verankerd kunnen worden. Kiest men voor het gedifferentieerde model, dan zou de hiervoor geformuleerde conclusie als leidraad voor een wettelijke regeling kunnen dienen.

b. Wat betreft het toelaten van 'eigen' gronden van geïntimeerde in appèl en de, daarmee samenhangende, vraag naar de wenselijkheid van invoering van de mogelijkheid van incidenteel appèl in het bestuursproces, zijn twee keuzen mogelijk. Daarbij is met name van belang wat men met dit rechtsmiddel wil bereiken (zie voor nadere bijzonderheden en argumentatie, par. 4.4.6).

b1. Beperkt incidenteel appèl: men kan ervoor kiezen dat alleen in eerste aanleg verworpen gronden die samenhang vertonen met de beslissing van de rechtbank die door appellant in appèl wordt aangevochten, door geïntimeerde in appèl kunnen worden ingebracht (voorzover hem althans geen verwijt kan worden gemaakt dat hij niet zelf appèl heeft ingesteld). Omdat dit al de lijn van de CRvB is, zou de wetgever het doorvoeren van deze regel wellicht kunnen overlaten aan de rechtspraak. Om te garanderen dat ook de ABRs deze lijn gaat volgen en met het oog op de rechtszekerheid kan men ook besluiten de regel wettelijk vast te leggen.

b2. Volledig incidenteel appèl: men kan ook kiezen voor incidenteel appèl als 'tegenaanvalswapen' voor geïntimeerde. Alsdan kan deze ook gronden die in een verder verwijderd verband van de door appellant aangevoerde gronden staan en – onder dezelfde voorwaarden als dat aan appellant wordt toegestaan (zie aanbeveling a) – eventueel zelfs nieuwe gronden of vorderingen aanvoeren. Deze optie bevordert de compromisbereidheid en voorkomt het lichtvaardig instellen van appèl. Zij heeft wel als nadeel dat het hoger beroep in bestuurszaken verder wordt geformaliseerd, omdat diverse aspecten nader moeten worden geregeld. Zie daarover nader paragraaf 4.4.6.

c. De wetgever dient nadere wettelijke voorzieningen te treffen voor de toepassing van artikelen 6:18 en 6:19 Awb (in appèl). Meer specifiek gaat het om de volgende maatregelen (zie voor nadere bijzonderheden en argumentatie, par. 4.7.6):

c1. Het derde en vierde lid van artikel 6:18 zouden kunnen worden geschrapt.

c2. Uit het vierde lid van artikel 8:72 Awb zou expliciet moeten blijken dat de rechtbank een derde keuzemogelijkheid heeft, namelijk volstaan met een vernietiging, en daaraan zou moeten worden toegevoegd dat het bestuursorgaan verplicht is opnieuw in de zaak te voorzien, tenzij de rechtbank anders bepaalt.

c3. Er dient een expliciete wettelijke bepaling te komen, inhoudende dat een na een door de rechter uitgesproken vernietiging genomen vervangend bestuursbesluit kan worden medebeoordeeld in een geding over het vernietigde besluit. Een dergelijke bepaling dient als uitgangspunt te kiezen dat een dergelijk hangende (hoger) beroep genomen bestuursbesluit onderdeel uitmaakt van het in (hoger) beroep te beslissen geschil, tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben.

De terminologie van artikel 6:19, eerste lid, dat 'het bezwaar of beroep geacht wordt mede te zijn gericht tegen het nieuwe besluit' ware daarbij te vervangen door een meer open terminologie: 'maakt het nieuwe besluit onderdeel uit van het naar aanleiding van het tegen het eerdere besluit ingediende bezwaar of beroep te beslissen geschil'.

c4. Ter zake van de rechtsbeschermingsroute in de onder c3) genoemde situatie zou moeten worden bepaald, dat in geval tegen het nieuwe bestuursbesluit afzonderlijk bezwaar wordt gemaakt dan wel beroep wordt ingesteld, het orgaan waarbij dat is gebeurd, de zaak dient door te zenden aan de rechter waar de zaak over het eerdere (gewijzigde of vervangen) besluit aanhangig is. De (appèl)rechter zou de mogelijkheid moeten hebben de zaak te verwijzen naar een ander orgaan waarbij het bezwaar of beroep tegen dat besluit aanhangig is, dan wel aanhangig kon worden gemaakt.

c5. Het onder c3) en c4) gestelde zou ook moeten gelden voor 'gewone' wijzigingen hangende bezwaar/beroep in de zin van het huidige artikel 6:19, eerste lid Awb.

7.4.2 *Aan de rechtspraak*

a. De CRvB zou, voorzover dat nog niet gebeurt, in zijn beoordeling expliciet uit moeten gaan van de uitspraak in eerste aanleg als object van geding (vgl. par. 7.1.3 en par. 7.3.2).

b. De ABRS zou haar uitspraken inzake de omvang van geding – meer in het bijzonder die betreffende het aanvoeren van nieuwe gronden en ingrijpende nieuwe argumenten in (hoger) beroep – duidelijker én consistentier moeten motiveren (vgl. par. 7.1.5).

c. Het niet reeds aanvoeren van feitelijke gegevens en bewijs in de bestuurlijke (bezwaren)fase dient alleen in uitzonderingssituaties – namelijk wanneer dit welbewust of met aan opzet grenzende nalatigheid is geschied – ertoe te leiden dat de desbetreffende stukken niet meer bij de eerste rechter kunnen worden aangevoerd. Voor het overige dient deze 'fout' te worden verdisconteerd in de proceskostenveroordeling en bij het toekennen van schadevergoeding (vgl. par. 7.3.1).

Literatuurlijst

Allewijn 1998

D. Allewijn, 'Een nieuw denkmodel voor de bestuursrechter', *RM Themis* 1998/9, p. 291-298

Barkhuysen e.a. 2000

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof, '50 Jaar EVRM en het Nederlandse staats- en bestuursrecht – ontwikkelingen en vooruitzichten', in: R.A. Lawson & E. Myer (red.), *50 jaar EVRM, NJCM-bulletin* 2000, p. 327-408

Ten Berge & Tak 1995

J.B.J.M. ten Berge & A.Q.C. Tak, *Hoofdpijnen van het Nederlands bestuursprocesrecht*, Zwolle 1995

Ten Berge e.a. 1996

J.B.J.M. ten Berge, B.W.N. de Waard, R.J.G.M. Widdershoven, A.J. Bok, W.J.M. Voermans, P. Albers, P.M. Langbroek & A.R. Neerhof, *Ervaringen met de Awb; het bestuursprocesrecht*, Deventer 1996

Ten Berge 1998

J.B.J.M. ten Berge, 'Contouren van een kwaliteitsbeleid voor de rechtspraak', in: P.M. Langbroek, K. Lahuis & J.B.J.M. ten Berge (red.), *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal*, Deventer 1998, p. 21-40

Ten Berge 1999

J.B.J.M. ten Berge, *Bescherming tegen de overheid*, 5e druk, Deventer 1999

De Bock 1999

R.H. de Bock, 'Hoger beroep in het bestuursrecht: herkansing, afvalrace of roulette', *NJB* 1999, p. 1148-1155

De Bock 2000

R.H. de Bock, 'De toetsing van de feiten door de bestuursrechter en het vriespunt van de Afdeling bestuursrechtspraak', *JB Plus* 2000, p. 66-77

Bolt 1999

H. Bolt, 'De omvang van geschil, hoofdstuk 8', in: D. Allewijn e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht*, Deventer 1999

Bolt 2000

H. Bolt, 'De artikelen 6:18 en volgende van de Algemene wet bestuursrecht', *JB Plus* 2000, p. 26-37

Brenninkmeijer 1995

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Appelrechtspraak in bestuursrechtelijke geschillen', in: *Met zin en verstand (Van Galen-bundel)*, Deventer 1995

Van Buuren 1995

P.J.J. van Buuren, 'Intrekken of wijzigen van besluiten hangende ene procedure; Awb notities (2)', *NJB* 1995, p. 62

Commentaar Awb

Commentaar Awb, deel 2, artikel 8:69 (B.W.N. de Waard), punt 4, p. 8.2.6.4-6 e.v.

Daalder & Schreuder-Vlasblom 2000

E.J. Daalder en M. Schreuder-Vlasblom, 'Balanceren boven nul, De vaststelling van feiten in het bestuursprocesrecht', *NTB* 2000/7, p. 214-221

Daalder & De Vries 1999

E.J. Daalder & P.J. de Vries, 'Processueel belang in hoger beroep met het oog op de toekomst, *JB Plus* 1999, p. 53-61

Damen 2000

L.J.A. Damen, 'De bewijsfuik, Hoe en wanneer moet een oud-mijnwerker zijn silicose bewijzen?', *AAE* 2000, p. 61-69

Van Ettekoven 2001

B.J. van Ettekoven, 'Alternatieven van de bestuursrechter (observaties vanuit de eerste lijn)', preadvies VAR, in: *Alternatieven van en voor de bestuursrechter*, Den Haag 2001, p. 7-98

Gerrits-Janssens 1998

M.P. Gerrits-Janssens, 'Het verdedigingsbeginsel en de Mededingingswet', *NTB* 1998, p. 187-198

Hoogenboom 1998

T. Hoogenboom, 'De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State als appelrechter', *NTB* 1998/5, p. 126-135

Hugenholz & Heemskerk 1998

W. Hugenholz & W.H. Heemskerk, *Hooflijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, negentiende druk, 's-Gravenhage 1998

Jans e.a. 1999

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen 1999

Jansen 2000

A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht*, Deventer 2000

Klap & Widdershoven, 1998

A.P. Klap & R.J.G.M. Widdershoven, 'Snelheid van rechtspraak als mensenrecht', in: P.M. Langbroek, K. Lahuis & J.B.J.M. ten Berge (red.), *Kwaliteit van rechtspraak op de weegschaal*, Deventer 1998, p. 191-200

Kooper 2000

R. Kooper, 'Wie is er bang voor de aanvulling van rechtsgronden? Over de terminologie van artikel 8:69 Awb', *NTB* 2000/6, p. 167-177

Kuipers 1996

A.J. Kuipers, 'Het recht op full jurisdiction', in: R.L. Vucsan, *De Awb-mens: boeman of underdog*, Nijmegen 1996, p. 97-112

Langbroek 1998

P.M. Langbroek, 'Een trein die naast de rails rijdt. Een analyse van de betekenis van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb in het licht van het bestuursrechtelijk kort geding', *TAR* 1998, p. 409-423

Lawson & Schermers 1997

R.A. Lawson & H.G. Schermers, *Leading Cases of the ECHR*, AAE Libri 1997

Lawson 1998

R.A. Lawson, 'EVRM verlangt geen ambtshalve toetsing' *NJB* 1998, p. 1074-1075

Marseille 2001

A.T. Marseille, 'Hoe bezwaren tegen een besluit de beroepsprocedure kunnen overleven', *Jb Plus* 2001, p. 67-75

Mast e.a. 1996

A. Mast e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Antwerpen 1996

Minjon 1999

O.H. Minjon, 'Gevolgen van het instellen van bezwaar en beroep', in: D. Allewijn e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht*, Deventer 1999, p. 479-495

Niessen 1999

R.E.C.M. Niessen, 'De rechtsgang in cassatie vernieuwd', *Tijdschrift voor formeel belastingrecht* 1999/1, p. 6-7

Nijmeijer 2001

A.G.A. Nijmeijer, *Welstandtoezicht juridisch getoetst*, Bouwrecht Monografieën, deel 20, Deventer 2001

Polak 2000

J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak*, Deventer 2000

Ras 1992

H.E. Ras, *De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken*, Arnhem 1992

Schlössels 1999

R.J.N. Schlössels, 'Tussen finaliteit en fuik? Over de omvang van het bestuursrechtelijk geding in eerste aanleg en in appel', in: M.A. Heldeweg, E.C.H.J. van der Linden & R.J.N. Schlössels (red.), *Uit de school geklapt? Opstellen uit Maastricht*, Den Haag 1999, p. 1-27

Schreuder-Vlasblom 1994

M. Schreuder-Vlasblom, 'Heroriëntatie bestuursrechtspraak', in: *Het nieuwe bestuursprocesrecht*, VAR-reeks 112, Alphen a/d Rijn 1994, p. 9 e.v.

Schreuder-Vlasblom 1995

M. Schreuder-Vlasblom, 'De toepassing van de artikelen 6:18 en 6:19 Awb in procedures voor de eerste rechter en in hoger beroep', *Trema* 1995/10, p. 328-333

Schreuder-Vlasblom 1998a

M. Schreuder-Vlasblom, 'De afbakening van het geding in hoger beroep door de CRvB', *NTB* 1998/5, p. 117-125

Schreuder-Vlasblom 1998b

M. Schreuder-Vlasblom, 'Naschrift', *NTB* 1998/7, p. 212-213

Schreuder-Vlasblom 1999a

M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb, het bestuursprocesrecht*, zesde druk, Deventer 1999

Schreuder-Vlasblom 1999b

M. Schreuder-Vlasblom, 'Rechtsmiddelen, hoofdstuk 11', in: D. Allewijn e.a. (red.), *Bestuursprocesrecht*, Deventer 1999

- Schreuder-Vlasblom 2000a
M. Schreuder-Vlasblom, 'Kroniek bestuursprocesrecht', NTB 2000/5, p. 139-149
- Schreuder-Vlasblom 2000b
M. Schreuder-Vlasblom, 'Kroniek bestuursprocesrecht', NTB 2000/9, p. 278-287
- Schreuder-Vlasblom 2001a
M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb, het bestuursprocesrecht*, zevende druk, Deventer 2001
- Schreuder-Vlasblom 2001b
M. Schreuder-Vlasblom, 'Kroniek Bestuursprocesrecht', NTB 2001/5, p. 126-136
- Simon 1995a
H.J. Simon, 'De kleine revolutie: één jaar besturen onder de Awb 11', JB 1995, p. 178-179
- Simon 1995b
H.J. Simon, *Handleiding Awb-praktijk*, Den Haag 1995
- Snijders & Wendels 1999
H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel appel*, Deventer 1999
- Stroink 1998
F.A.M. Stroink, 'Het beroep op de rechter', *Congresbundel Evaluaties Awb*, Den Haag 1998, p. 25 e.v.
- Stroink 2000
F.A.M. Stroink, *Kern van de bestuursrechtspraak*, 's-Gravenhage 2000
- Stroink 2001
F.A.M. Stroink, 'Afstemming van rechterlijke uitspraken', *Trema* 2001, p. 51 e.v.
- Tak 1998
A.Q.C. Tak, 'Devolutieve werking van het appel', NTB 1998/7, p. 210-211
- Van der Veen 1995
J.H. van der Veen, 'Ter fine van finale rechtspraak', *Met zin en verstand (Van Galenbundel)*, Deventer 1995
- Verheij 2000
L.F.M. Verheij, 'Het Nederlandse staats- en bestuursrecht in het licht van het evrm', in: H. Koning & E.M.J. Crombag (red.), *De autonomie van het bestuursrecht*, Den Haag 2000
- De Waard 1987
B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging*, Zwolle 1987
- De Waard, Langbroek & Wulffraat-van Dijk 1994
B.W.N. de Waard, P.M. Langbroek & M.S.E. Wulffraat-van Dijk, 'De voorlopige voorzieningsprocedure ingevolge de Awb', in: *De Algemene wet bestuursrecht nader beschouwd: tien jaar Tijdschrift voor Ambtenarenrecht*, Den Haag/Deventer 1994, p. 69-79
- De Waard 1998
B.W.N. de Waard, 'Een kapverbod voor de rechter gewenst?' in: *Rechtspraak bestuursrecht 1996/1997*, 's-Gravenhage 1998, p. 57-74
- De Werd 1998
M.F.J.M. de Werd, 'Ius curia novit, Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden door de bestuursrechter', NJB 1998, p. 687-694

Widdershoven 1996

R.J.G.M. Widdershoven, *Naar een bestuurs(proces)rechtelijk lus Commune in Europa?*, var-reeks 116, Alphen a/d Rijn 1996

Van Wijk, Konijnenbelt & Van Male 1999

H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van Bestuursrecht*, elfde druk, Den Haag 1999

Wulffraat-van Dijk 1995

M.S.E. Wulffraat-van Dijk, *Feitenonderzoek door de bestuursrechter*, (diss. Utrecht), Zwolle 1995

Jurisprudentie

HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN

- C-26/62, Van Gend & Loos, Jur. 1963, p. 3 2.3.3
C-33/76, Rewe, Jur. 1976, p. 1989 2.3.3
C-102/82, Nordsee, Jur. 1982, p. 1095 2.3.3
C-312/93, Peterbroeck, Jur. 1995, p. 1-4599 2.3.3; 2.4.4
C-430/93, Van Schijndel en Van Veen, Jur. 1995, p. 1-4705, AB 1996, 92, m.nt. FHvdB 2.3.3; 2.4.4
C-72/95, Kraaijeveld, Jur. 1996, p. 1-5403, AB 1997/133, m.nt. ChB 2.3.3
C-126/97, Benetton, Jur. 1999, p. 1-3055, NJB-katern 1999, p. 1103 2.3.3
C-240-244/98, Océana Grupo Editorial, Jur. 2000, p. 1-4941 2.3.3

EUROPEES HOF VOOR DE RECHTEN VAN DE MENS

- EHRM 28 juni 1978, König, Series A, Vol. 27 2.4.3
EHRM 6 november 1980, Van Oosterwijck, Series A, Vol. 40 2.3.4
EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en de Meyere, NJ 1982/602 2.3.4
EHRM 10 februari 1983, Albert en Le Compte, Series A, Vol. 58, NJ 1987/315 2.3.4
EHRM 19 maart 1991, Cardot, Series A, Vol. 200 2.3.4
EHRM 21 september 1993, Zumtobel, NJ 1995/544 2.3.4
EHRM 29 april 1994, Van der Hurk, NJ 1995/462; NJCM-Bulletin 1994, p. 389 2.3.4
EHRM 25 november 1994, Ortenberg, Series A, Vol. 295-A 2.3.4
EHRM 9 december 1994, Ruiz Torija, Series A, Vol. 303-A 2.3.4
EHRM 9 december 1994, Schouten/Meldrum, JB 1995/49, m.nt. AWH 2.4.3
EHRM 26 april 1995, Fischer, AB 1996/1, m.nt. IcvdV 2.3.4
EHRM 22 november 1995, Bryan, Series A, Vol. 335-A 2.3.4; 7.2.2
EHRM 23 oktober 1996, NJCM-Bulletin 1997, p. 321 2.3.4
EHRM 15 november 1996, Sadik, nr. 46/1995/552/638 2.3.4
EHRM 19 maart 1997, Hornsby, JB 1997/98, m.nt. AWH 2.4.3
EHRM 17 december 1997, NJCM-Bulletin 1997, p. 617-628, m.nt. Viering 2.3.4
EHRM 21 januari 1999, Fressos, JB 1999/41 2.3.4
EHRM 8 juli 1999, Arslan, no. 23462/94 2.3.4
EHRM 15 februari 2000, Garcia Manibardo, n.n.g. 2.3.4
EHRM 7 november 2000, Kingsley, NJB-katern 2001/3, p. 128 2.3.4; 7.2.2

AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK RAAD VAN STATE

- ABRS 20 maart 1995, AB 1995/364, m.nt. AFMB 5.2.2.3
ABRS 23 maart 1995, JB 1995/104 3.3.2
ABRS 30 mei 1995, AB 1995/418, m.nt. AvH 5.2.2.3
ABRS 28 september 1995, Hoi.95.0072, n.g. 4.5.3.1
ABRS 22 februari 1996, Hoi.95.0293, n.g. 4.5.5.1

- ABRS II maart 1996, RAWb 1996/91, m.nt. Willemsen 4.5.3.1; 4.6.3
- ABRS 13 mei 1996, HOI.95.0192, n.g. 4.3.3; 4.6.5
- ABRS 4 juni 1996, RAWb 1996/110, m.a. BdeW 5.2.2.3
- ABRS 6 juni 1996, RAWb 1996/114, m.nt. Bok 5.2.2.3
- ABRS 20 juni 1996, HOI.95.0327, n.g. 3.2.5
- ABRS 20 juni 1996, RAWb 1996, 120, m.a. Willemsen 4.5.3.1
- ABRS 29 juli 1996, Bentvelsen, JB 1996/190, m.nt. M.A. Heldeweg; RAWb 1996/127, m.a. Widdershoven, AB 1996/416, m.nt. F.M., AB-kort 1996/740 5.2.1; 5.2.2.3; 6.2
- ABRS 8 augustus 1996, Schaap/Zaanstad, AB 1996/481, m.nt. PvB; JB 1996/198, m.nt. Heldeweg; RAWb 1996/129, m.a. Widdershoven; Gemeentestem 1996/7045/7, m.nt. Teunissen, AB-Klassiek 1997/40, bewerkt door Brenninkmeijer 2.3
- ABRS 29 augustus 1996, JB 1996/201 6.2
- ABRS 2 september 1996, HOI.96.0065, n.g. 3.2.5
- ABRS 26 september 1996, RAWb 1997, m.a. Willemsen, JB 1996/216 3.3.2; 4.7.6.7
- ABRS II november 1996, HOI.95.0705, n.g. 4.5.3.1
- ABRS 14 november 1996, RAWb 1997/76, m.a. BdeW 3.3.2
- ABRS 6 januari 1997, JB 1997/25, AB 1997/86 5.2.2.3; 5.4.2
- ABRS 16 januari 1997, RAWb 1997/87, m.a. De Moor-van Vugt 3.3.2
- ABRS 16 januari 1997, RAWb 1997/113, m.a. BdeW 4.5.3.2; 4.6.3
- ABRS 21 januari 1997, AB 1997/136, m.a. Ch. Backes 4.3.3; 5.2.1
- ABRS 23 januari 1997, RAWb 1997/67, m.a. Widdershoven 4.5.3.2; 4.6.3
- ABRS 23 januari 1997, HOI.95.0721, n.g. 4.6.3
- ABRS 10 februari 1997, JB 1997/85 5.2.3
- ABRS 17 maart 1997, AB 1998/18, m.nt. NV 5.2.2.3
- ABRS 24 maart 1997, AB 1997/201, m.nt. FM 5.2.2.3
- ABRS 15 april 1997, AB 1997/305 5.2.2.3
- ABRS 21 april 1997, HOI.96.0116, n.g. 6.3
- ABRS 12 mei 1997, HOI.97.0312 en KOI.97.0029, n.g. 4.6.5
- ABRS 22 mei 1997, JB 1997/170, m.nt. FAMS 5.2.2.3
- ABRS 9 juni 1997, AB 1997/307, m.nt. FM 4.7.2.1
- ABRS 9 juni 1997, AB 1997/324, m.nt. PvB 6.4
- ABRS 12 juni 1997, HOI.95.0610, n.g. 5.4.1
- ABRS 29 juli 1997, JB 1997/217 5.2.2.3
- ABRS 27 augustus 1997, RAWb 1998/19, m.a. Willemsen/Jansen 4.5.3.1; 4.6.3
- ABRS 28 oktober 1997, HOI.96.1209/YOI, n.g. 4.4.3.1
- ABRS 4 november 1997, Leids pension, RAWb 1997/48, m.a. Widdershoven 4.3.3
- ABRS 14 november 1997, HOI.96.0749, n.g. 5.2.2.3
- ABRS 27 november 1997, HOI.97.1262/P90, KOI.97.0166, n.g. 4.7.4; 6.4
- ABRS 16 december 1997, HOI.97.0635, n.g. 4.5.3.1
- ABRS 14 januari 1998, HOI.98.1087, n.g. 3.2.5
- ABRS 10 februari 1998, HOI.97.0045, n.g. 4.5.3.2
- ABRS 10 februari 1998, AB-kort 124 6.2
- ABRS 17 februari 1998, RAWb 1998/99, m.a. Widdershoven 2.3.3; 5.2.2.3

ABRs 26 februari 1998, Gst. 7085/8, m.nt. Teunissen 4.4.3.2
 ABRs 17 maart 1998, JB 1998/130, n.g. 4.3.3; 5.2.2.3
 ABRs 24 maart 1998, Hoi.97.0463, n.g. 4.5.3.1; 4.6.3
 ABRs 9 april 1998, Hoi.97.0922 4.5.3.1
 ABRs 12 april 1998, Hoi.97.0922, n.g. 4.5.3.1
 ABRs 16 april 1998, RAWb 1998/III 6.2
 ABRs 21 april 1998, Hoi.97.0802/QOI, n.g. 4.4.5; 4.7.4
 ABRs 8 mei 1998, Hoi.97.0250, n.g. 4.5.3.2; 4.6.3
 ABRs 11 mei 1998, Hoi.97.0543, n.g. 4.6.5
 ABRs 15 mei 1998, Hoi.98.0302/P90, Koi.98.0125, n.g. 4.5.5.1; 4.7.4
 ABRs 25 mei 1998, Hoi.97.0914, n.g. 3.2.5
 ABRs 26 mei 1998, Hoi.97.0609, n.g. 3.3
 ABRs 15 juni 1998, JB 1998/181 7.3.1
 ABRs 29 juni 1998, AB 1999/1, m.nt. FM 4.7.2.1
 ABRs 3 juli 1998, Hoi.97.0327, n.g. 4.5.3.2; 4.6.3
 ABRs 13 augustus 1998, Hoi.97.1102, n.g. 4.5.3.1
 ABRs 20 augustus 1998, JB 1998/208, RAWb 1998/163, m.a. BdeW 4.4.3.2
 ABRs 1 september 1998, Hoi.97.0040, n.g. 3.3.3
 ABRs 1 september 1998, JB 1998/237 4.7.3.2
 ABRs 14 september 1998, Hoi.97.0864, n.g. 4.5.5.1
 ABRs 17 september 1998, AB 1998/431, m.nt. FM 4.5.3.1; 4.6.3
 ABRs 12 oktober 1998, JB 1999/4 3.3.2
 ABRs 12 oktober 1998, Hoi.97.1556, n.g. 4.4.3.2
 ABRs 24 november 1998, AB-kort 1998/740 6.2
 ABRs 12 januari 1999, JB 1999/47, n.g. 3.3.2
 ABRs 15 januari 1999, Hoi.97.1545, n.g. 4.5.3.2
 ABRs 18 januari 1999, AB 1999/161, n.g. 3.3.2
 ABRs 22 januari 1999, Hoi.98.0872, n.g. 3.2.5
 ABRs 25 februari 1999, AB 1999, 173, m.nt. MSV 3.3.2; 4.7.2.1
 ABRs 19 maart 1999, AB 1999/205, m.nt. MSV; JB 1999/133, m.nt. RJNS; RAWb 1999/165, m.a. Schueler 4.3; 4.5.3.3; 5.2.2.3
 ABRs 12 april 1999, Hoi.97.1344, n.g. 4.5.3.1; 4.6.3
 ABRs 15 april 1999, RAWb 1999/146 1.6; 4.2.2
 ABRs 23 april 1999, JB 1999/189, m.nt. MSV 5.2.2.3
 ABRs 1 juni 1999, AB 1999/326, m.nt. MSV 4.2.3; 4.5.3.2; 6.2
 ABRs 4 juni 1999, Hoi.98.1546, n.g. 4.5.3.2
 ABRs 8 juni 1999, JB 1999/216 4.4.3.1
 ABRs 8 juni 1999, Hoi.98.1292, n.g. 4.5.3.1
 ABRs 28 juni 1999, JB 1999/197, m.nt. RJNS; AB 1999/360, m.nt. MSV; RAWb 2000/89, m.a. BdeW en M.C.D. Embregts 4.2.3; 7.1.1; 7.3.1
 ABRs 29 juni 1999, AB 1999/341, m.nt. AvH 4.7.2.1
 ABRs 13 juli 1999, JB 1999/200, m.nt. FAMS 4.5.3.1; 4.6.3; 5.2.3
 ABRs 19 augustus 1999, AB 1999, 403, m.nt. MSV 4.2.3; 7.1.1
 ABRs 23 augustus 1999, Hoi.98.1793, n.g. 4.2.3
 ABRs 14 september 1999, AB 1999/443, m.nt. MSV 3.3.2
 ABRs 16 september 1999, Hoi.98.2041, n.g. 4.4.5

ABRs 18 oktober 1999, Hoi.98.2026, n.g. 4.4.5
 ABRs 22 oktober 1999, AB 1999/470, m.nt. MSV 3.3.2
 ABRs 4 november 1999, AB 1999/479 4.5.3.1
 ABRs 8 november 1999, AB 1999/471, m.nt. MSV 4.7.2.2
 ABRs 29 november 1999, AB 2000/131, m.nt. AvH 4.2.3
 ABRs 6 januari 2000, JB 2000/25, m.nt. RJNS 4.4.3.2
 ABRs 13 januari 2000, Hoi.99.0412, n.g. 6.4
 ABRs 18 januari 2000, Hoi.99.0725, n.g. 4.5.5.1
 ABRs 4 februari 2000, Gst. 7117/7, m.nt. JT 4.5.3.1
 ABRs 8 februari 2000, AB 2000/219 4.5.3.1
 ABRs 13 februari 2000, Hoi.99.0412, n.g. 5.4.1
 ABRs 26 februari 2000, 199902378, n.g. 4.5.3.1
 ABRs 14 maart 2000, Hoi.99.0603, n.g. 5.4.1
 ABRs 3 april 2000, AB 2000/222, m.nt. MSV 3.2.2; 3.2.3; 4.5.3.2
 ABRs 7 april 2000, Awb 98/578AAWAO 94, n.g. 4.7.4
 ABRs 11 april 2000, AB 2000/244, m.nt. MSV 4.2.3; 4.6.3
 ABRs 14 april 2000, Hoi.99.0631, n.g. 5.2.2.3
 ABRs 1 mei 2000, Hoi.99.0408, n.g. 4.5.3.1
 ABRs 9 mei 2000, JB 2000/179, RAWb 2000/115, m.a. Embregts 4.5.3.2
 ABRs 9 mei 2000, Hoi.199901361/1, n.g. 5.2.1
 ABRs 11 mei 2000, Hoi.98.1918, n.g. 4.4.5
 ABRs 11 mei 2000, RAWb 2000/116, m.a. Widdershoven 6.2
 ABRs 12 mei 2000, Hoi.99.03168, n.g. 5.4.1
 ABRs 18 mei 2000, Hoi.9901351, n.g. 4.5.5.2
 ABRs 26 mei 2000, Hoi.99.0619, n.g. 4.7.2.1
 ABRs 29 mei 2000, 200000798, n.g. 4.5.3.2
 ABRs 18 juni 2000, Hoi.9902516/1, n.g. 4.2.3
 ABRs 20 juni 2000, JB 2000/221, m.nt. CLGFHA 4.5.3.1
 ABRs 23 juni 2000, Hoi.9902039 en Hoi.9902041, n.g. 4.5.3.2
 ABRs 18 september 2000, Hoi.199903017, n.g. 4.5.3.2
 ABRs 26 september 2000, AB 2000/478 6.3
 ABRs 28 september 2000, AB 2000/484, m.nt. SEW 4.2.3
 ABRs 17 oktober 2000, JB 2000/329 3.3.2
 ABRs 13 november 2000, JB 2000/351, m.nt. RJNS 4.4.3.1
 ABRs 14 december 2000, JB 2001/15, m.nt. RJNS, RAWb 2001/46, m.a. BdeW 4.2.3
 ABRs 9 januari 2001, RAWb 2001/49, m.a. BdeW 4.2.3; 7.1.1
 ABRs 19 januari 2001, AB 2001/112, m.nt. NV 6.3
 ABRs 13 februari 2001, JB 2001/87, m.nt. RJNS 4.2.3
 ABRs 12 maart 2001, JB 2001/94, m.nt. RJNS 6.3

VOORZITTER VAN DE AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK RAAD VAN STATE

Vz. ABRs 24 juli 1995, JB 1995/55 4.7.2.3

Vz. ABRs 8 augustus 1996, AB 1996/479, m.nt. AFMB 3.3.2

Vz. ABRs 12 mei 1997, Hoi.97.0312 en Koi.97.0029, n.g. 3.2.5

Vz. ABRs 24 juli 2000, AB-kort 2000/517 4.7.2.1

CENTRALE RAAD VAN BEROEP

- CRvB 25 maart 1982, AB 1982/341 4.4.3.2
CRvB 31 maart 1987, TAR 1987/125 4.7.6.7
CRvB 27 april 1994, AB-kort 1994/568 6.4
CRvB 14 juni 1994, RSV 1995/195 3.3.2
CRvB 1 november 1994, JB 1994/342; AB 1995/269 4.7.2.1
CRvB 9 november 1994, JB 1994/344 3.3.2
CRvB 15 november 1994, JB 1994/347 4.7.2.1
CRvB 18 april 1995, JB 1995/178; RAWb 1995/87, m.a. tB 4.7.2.1; 4.7.2.2; 6.2
CRvB 28 april 1995, AB 1996/268 4.7.2.3; 4.7.2.6
CRvB 25 augustus 1995, JB 1995/242 5.2.2.3
CRvB 13 februari 1996, AB 1996/170, m.nt. FP 5.2.2.3
CRvB 22 februari 1996, TAR 1996/76 4.5.3.1
CRvB 29 februari 1996, TAR 1996/77 4.2.3; 7.3.1
CRvB 11 april 1996, AB 1996/257, m.nt. PJS 5.2.2.3
CRvB 16 april 1996, JB 1996/139 4.7.2.5
CRvB 13 mei 1996, JB 1996/153 6.2
CRvB 23 juli 1996, RSV 1997/17 4.2.3
CRvB 17 september 1996, Awb 96/84 ABW Roo493, n.g. 3.2.5; 3.5.5.2
CRvB 14 november 1996, RAWb 1997/74, m.a. BdeW 3.3.2
CRvB 19 november 1996, JB 1997/11, m.nt. AWH 5.2.2.3
CRvB 20 november 1996, AB 1997/81, m.nt. FP 5.2.2.3
CRvB 9 december 1996, AB 1997/102 4.7.2.1
CRvB 11 februari 1997, RSV 1997/192 6.2
CRvB 4 maart 1997, AB 1997/268, m.nt. FP 5.2.2.3
CRvB 21 maart 1997, AB 1997/244 6.2
CRvB 25 maart 1997, AB 1997/182, m.nt. HB 4.7.2.1; 5.2.2.3
CRvB 1 mei 1997, Awb 96/342 ww RoI693, n.g. 4.4.5
CRvB 29 mei 1997, TAR 1998/73, m.nt. ARN 4.7.2.1
CRvB 24 juni 1997, AB 1998/136 4.7.2.5
CRvB 26 juni 1997, AW 96/233 en 96/235, n.g. 4.7.4; 5.4.1
CRvB 3 juli 1997, Awb 96/1612 MAWKMA 192, n.g. 5.4.1
CRvB 3 juli 1997, AB 1997/330, m.nt. HH 5.2.2.3
CRvB 8 juli 1997, JB 1997/179, m.nt. RJGHS 5.2.2.1; 5.2.2.2
CRvB 14 augustus 1997, csv 96/1476 en 96/1478, n.g. 5.4.1
CRvB 19 augustus 1997, RAWb 1997/69, m.a. BdeW 3.3.2
CRvB 22 augustus 1997, AB 1997/14, m.nt. FP 5.2.2.3
CRvB 24 september 1997, JB 1997/239, m.nt. HJS 4.4.3.2
CRvB 1 oktober 1997, AB 1998/25 4.4.3.2
CRvB 24 oktober 1997, JB 1997/273 4.3.3; 5.2.2.3
CRvB 31 oktober 1997, AB 1998/102 4.3.3
CRvB 19 november 1997, AAW/wao 96/1960, n.g. 4.4.5
CRvB 25 november 1997, RAWb 1998/20 5.2.2.3
CRvB 15 januari 1998, AB 1998/188 5.2.2.3
CRvB 21 januari 1998, AB 1998/167 6.2
CRvB 17 februari 1998, JB 1998/61, m.nt. AWH 5.2.2.3

CRvB 3 maart 1998, Awb 97/555 Awb Roo493, n.g. 5.4.1
 CRvB 8 maart 1998, AB 1998/349 4.2.3
 CRvB 17 maart 1998, AB 1998/187 5.2.2.3
 CRvB 24 maart 1998, JB 1998/134 4.7.2.5
 CRvB 14 mei 1998, TAR 1998/130 4.7.2.1
 CRvB 19 mei 1998, RAWb 1998/145, m.nt. BdeW 4.4.3.2
 CRvB 27 mei 1998, RAWb 1998/146, m.nt. BdeW 4.4.3.2; 5.2.3
 CRvB 26 juni 1998, wvc 97/8316, n.g. 5.4.2
 CRvB 9 juli 1998, RSV 1999/48 4.5.3.1; 4.5.5.1
 CRvB 6 oktober 1998, JB 1998/264, m.nt. RJNS; RAWb 1999/82,
 m.nt. Willemsen 4.4.3.2
 CRvB 8 oktober 1998, RSV 1999/307 4.5.3.2
 CRvB 15 oktober 1998, AB 1999/33, m.nt. HH 5.2.2.2; 5.2.2.3
 CRvB 16 oktober 1998, AB 1999/48 4.5.3.2; 4.6.3
 CRvB 5 november 1998, AB 1999/75, m.nt. HH 4.7.2.1; 4.7.3
 CRvB 13 november 1998, 97/6298 AAW/WAO, n.g. 4.4.5
 CRvB 19 november 1998, TAR 1999, 22 4.2.3; 4.4.3.2
 CRvB 18 december 1998, JB 1999/18, m.nt. RJNS 4.3.3
 CRvB 21 januari 1999, AB 1999/199, m.nt. HH 5.2.2.3
 CRvB 25 februari 1999, Awb 97/1783 MAWKMA Roo692, n.g. 4.3.3
 CRvB 8 maart 1999, RSV 1999, 208 4.2.3
 CRvB 23 maart 1999, AB 1999/257 5.2.2.3
 CRvB 7 april 1999, JB 1999/123; RSV 1999/281 4.7.2.3
 CRvB 22 april 1999, RAWb 1999/173, m.a. Willemsen 4.7.2.1
 CRvB 20 mei 1999, TAR 1999/146 4.7.2.1; 4.7.6.7
 CRvB 11 juni 1999, AB 1999/408 4.5.3.1
 CRvB 17 juni 1999, JB 1999/205, m.nt. ARN 4.7.2.1; 4.7.2.4
 CRvB 29 juni 1999, JB 1999/206 4.4.3.2
 CRvB 11 augustus 1999, RSV/241 3.2.2
 CRvB 14 oktober 1999, 97/10631 ALGEM, n.g. 3.2.5; 4.5.5.1
 CRvB 14 oktober 1999, JB 1999/303, m.nt. H. Jansen 4.5.3.1
 CRvB 15 oktober 1999, AB 1999/89, m.nt. HH 4.4.3.2
 CRvB 21 oktober 1999, AB 2000/57, m.nt. HH; JB 1999/305 4.4.3.2
 CRvB 15 december 1999, RAWb 2000/77, m.a. Widdershoven 5.2.3
 CRvB 4 januari 2000, Awb 98/3018 RoI293, n.g. 5.4.2
 CRvB 10 februari 2000, AB 2000/181, m.nt. HH 3.3.2; 4.7.2.1
 CRvB 1 maart 2000, JB 2000/107 1.5
 CRvB 21 maart 2000, RSV 2000/105 4.2.3
 CRvB 30 maart 2000, JB 2000/143, m.nt. ARN 4.7.2.1
 CRvB 4 april 2000, ABW 99/629, n.g. 5.4.2
 CRvB 7 april 2000, Awb 98/578 AAWAO 94, n.g. 5.4.1
 CRvB 24 mei 2000, Awb 98/8944 ww RoI293, n.g. 3.2.5; 4.5.5.1
 CRvB 14 juni 2000, AB 2000/405, m.nt. FP 5.2.4
 CRvB 21 juni 2000, JB 2000/231 4.5.3.2
 CRvB 23 juni 2000, JB 2000/233 4.5.3.2; 4.5.3.3
 CRvB 29 juni 2000, RSV 2000/213 4.5.3.1

CRvB 13 juli 2000, JB 2000/246 4.7.6.3; 4.7.6.4
 CRvB 16 augustus 2000, RSV 2000/243 4.5.3.1
 CRvB 7 september 2000, RAWb 2001/19, m.a. BdeW 4.7.6.2
 CRvB 4 oktober 2000, RSV 2001/2; JB 2000/334 3.2.2; 4.5.3.2; 4.6.3
 CRvB 7 november 2000, RSV 2001/22 3.2.2
 CRvB 14 december 2000, AB-kort 2001/34 3.3.2
 CRvB 4 januari 2001, JB 2001/54, m.nt. RJNS 4.4.3.2
 CRvB 25 januari 2001, JB 2001/4 4.5.3.3
 CRvB 7 februari 2001, AB 2001/178, m.nt. HB 4.3.2.1
 CRvB 21 februari 2001, AB 2001/177, m.nt. HB 4.4.3.2

PRESIDENT VAN DE CENTRALE RAAD VAN BEROEP

Pres. CRvB 19 augustus 1996, RAWb 1997/69 4.7.6.7
 Pres. CRvB 13 mei 1998, AB 1998/234 4.7.6.2

HOGHE RAAD

HR 15 juni 1976, Caldenbroich-Grubbenvorst, AB 1979/528, m.nt. JRST 2.4.2
 HR 17 april 1996, RAWb 1996/76 5.2.2.3
 HR 8 december 1999, JB 2000/3, m.nt. R. Niessen-Cobben 5.2.2.3

BUITENLANDSE HOVEN

Bundesfinanzhof 10 juni 1999, NJW 1999, p. 3511-3512 4.2.2

Bijlage 1: Samenstelling begeleidingscommissie

De Begeleidingscommissie was bij het afronden van het onderzoek als volgt samengesteld:

- mr. H.G. Lubberdink, vice-President College van Beroep voor het bedrijfsleven (voorzitter)
- prof. mr. M. Schreuder-Vlasblom, lid i.b.d. Raad van State
- mr. T.F.A.M. Hoogenboom, raadsheer Centrale Raad van Beroep
- mr. D.A.C. Slump, vice-President Rechtbank Utrecht
- mr. B.J. Schueler, Houthoff Buruma Advocaten
- mw. mr. C.S. Valkenburg, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving
- mr. J.J. Wiarda, Ministerie van Justitie, Directie Wetgeving
- mw. mr. W.M. de Jongste, Ministerie van Justitie, Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
- mr. M.L. van Emmerik, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksaangelegenheden, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving
- mr. W.J.A. Vellekoop, Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, Centrale Directie Juridische Zaken
- mw. mr. S. Siebols, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Directie Sociale Verzekeringen
- mw. mr. M. Geertsema, Vereniging voor Nederlandse Gemeenten, sector Bestuurlijke en Juridische Zaken

Bijlage 2: Vragenlijst interviews

Deze vragenlijst is gebruikt bij de interviews bij de hoger-beroepscolleges. Daarnaast zijn er ook interviews afgenomen bij gerechten van eerste aanleg en een advocatenkantoor, met een iets aangepaste vragenlijst.

A FUNCTIES VAN HOGER BEROEP

Inleiding: in het algemeen worden aan hoger beroep drie functies toegekend: herkansingsfunctie voor partijen (a), controle van de rechter in eerste aanleg en correctie van fouten (b), het bevorderen van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling (c).

1. a. Acht u deze functies ook van belang van het bestuursrechtelijk hoger beroep?
b. Zijn deze drie functies in het bestuursrechtelijke hoger beroep verenigbaar? Of is er sprake van concurrentie?
2. a. Bestaat er qua belang een rangorde tussen deze functies? Zo ja, hoe zou die moeten luiden? Waarom?
b. In hoeverre speelt bij een eventuele rangorde tussen deze functies de aard van het geschil – met name kan worden gedacht aan tweepartijengeschillen versus drie- (of meer)partijengeschillen – een rol?
3. a. Zijn er nog andere functies van het hoger beroep in het bestuursrecht, die u van belang acht?
b. Zijn er volgens u nog andere kwaliteitsmaatstaven die van belang zijn, casu quo zouden moeten zijn voor de inrichting van het hoger beroep?

B OBJECT VAN GEDING IN HOGER BEROEP

Inleiding: het object van geding in hoger beroep kan zijn: het oorspronkelijk bestreden besluit (op bezwaar) of de aangevochten uitspraak van de rechter in eerste aanleg.

4. Wat is volgens uw college het object van geding in hoger beroep?
5. Levert de wettelijke regeling omtrent het object van geding problemen op? Zou de regeling moeten worden aangevuld?

C OMVANG VAN HET GEDING IN HOGER BEROEP

Inleiding: blijkens de jurisprudentie wordt de omvang van het (hoger) beroep in meer of minder mate beperkt door hetgeen de aanlegger ermee wenst te bereiken. Hierbij kunnen ten minste drie visies worden onderscheiden:

- a. *ruime opvatting*: de omvang van het geding moet uitsluitend worden beperkt door de vordering (gedeeltelijke vernietiging; uitsluitend schadevergoeding; et cetera); binnen dit ruime kader dient de hoger-beroepsrechter alle (dwingende) rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Buiten dat kader moeten alleen bepalingen van openbare orde worden aangevuld.
- b. *gematigde opvatting*: voor de omvang van geding moet onderscheid worden gemaakt tussen formele (procedurele) punten en materiële punten van geschil.
 - formele kwesties: hiervoor geldt een 'grievensstelsel', m.a.w. alleen formele punten die door de aanlegger zijn aangevoerd, worden in beginsel in de rechterlijke beoordeling betrokken. Daarbuiten worden alleen bepalingen van openbare orde ambtshalve aangevuld (bevoegdheid en ontvankelijkheid).
 - materiële kwesties: zie opvatting a: binnen de vordering moet al het materiële recht door de rechter ambtshalve worden aangevuld.
- c. *enge opvatting*: voor zowel formele als materiële gronden geldt een 'grievensstelsel', m.a.w. alleen gronden die door de aanlegger zijn aangevoerd, worden in de rechterlijke beoordeling betrokken.

Beantwoordt, mede in het licht van het voorafgaande, de volgende vragen. N.B. de problematiek van nieuwe gronden en argumenten komt onder D. aan de orde.

- 6. a. Vindt bij uw college thans een beperking van de omvang van het geschil in hoger beroep plaats?
- b. Bestaat over deze kwestie bij uw college, dan wel bij de kamers binnen uw college (informeel) beleid? Is dit beleid neergelegd in notities?
- 7. Welke van de hiervoor genoemde opvattingen (dan wel een andere) wordt in de rechtspraak van uw college gevolgd? Besteedt daarbij aandacht aan de volgende punten:
 - a. Past uw college in hoger beroep een 'grievensstelsel' toe? Maak daarbij onderscheid tussen formele en materiële 'grievens'.
 - b. Hoever gaat uw college bij het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, casu quo de ambtshalve toetsing aan het recht?
 - c. Heeft u behoefte aan de categorie 'bepalingen van openbare orde'? Welke bepalingen behoren tot deze categorie?
- 8. a. In welke mate maakt uw college gebruik van de bevoegdheid om ambtshalve de feiten aan te vullen?
- b. Welke omstandigheden zijn bepalend om zulks al dan niet te doen? In hoeverre speelt ongelijkheidscompensatie daarbij een rol?
- 9. Maakt het bij uw antwoord onder 7) en 8) iets uit of:
 - a. appellant met of zonder professionele rechtshulp (advocaat, andere professionele rechtshulpverlener) optreedt?

- b. het gaat om een twee-partijengeschil of drie- of meerpartijengeschil (geschillen waarbij belangen van derden betrokken kunnen zijn)?
10. a. In hoeverre kan geïntimeerde (verweerder in hoger beroep) eigen punten van geschil inbrengen in het hoger beroep?
 - b. Acht u een uitbreiding van de mogelijkheden van geïntimeerde om eigen punten van geschil in te brengen gewenst?
 - c. Is, mede met het oog op uw antwoord onder b), de introductie van een vorm van incidenteel appèl gewenst? Voor welke situaties zou dat nuttig zijn?
11. a. Levert de wettelijke regeling betreffende de omvang van het geschil in hoger beroep, dan wel het ontbreken hiervan, problemen op?
 - b. Heeft u behoefte aan een meer gedetailleerde wettelijke regeling van de onderhavige problematiek? Of is dit een kwestie die aan de rechtspraak moet worden overgelaten?

D NIEUWE GRONDEN EN ARGUMENTEN

Inleiding: wat betreft het inbrengen van nova in hoger beroep wordt in de literatuur wel onderscheid gemaakt tussen nieuwe gronden (feitelijke en rechtsgronden waarop de aanlegger zijn beroep baseert) en nieuwe argumenten (feiten, casu quo bewijs ter adstructie van een grond).

12. In hoeverre laat uw college in hoger beroep nieuwe gronden toe?
13. In hoeverre kan het bestuursorgaan met behulp van de regeling van artikel 6:18 en 6:19 Awb in hoger beroep nieuwe 'gronden' in het geding brengen?
14. Maakt het voor de beantwoording van vraag 12 iets uit op welk moment in het hoger beroep – in het hoger-beroepschrift, in een nader hoger-beroepschrift, minder dan 10 dagen voor de zitting, ter zitting – de nieuwe grond wordt aangevoerd?
15. Bestaat bij uw college, dan wel bij de diverse kamers binnen uw colleges op het punt van het toelaten van nieuwe gronden (informeel) beleid? Is dit beleid neergelegd in notities?
16. a. In hoeverre laat uw college in hoger beroep binnen de omvang van het geding nieuwe argumenten toe?
- b. Maakt het bij de beantwoording van a) uit op welk moment in hoger beroep – in het hoger-beroepschrift, in een nader hoger-beroepschrift, minder dan 10 dagen voor de zitting, ter zitting – het nieuwe argument wordt aangevoerd?
- c. Bestaat bij uw college, dan wel bij de diverse kamers binnen uw colleges op het punt van het toelaten van nieuwe argumenten (informeel) beleid? Is dit beleid neergelegd in notities?

17. a. Levert de wettelijke regeling betreffende het toelaten van nieuwe gronden en argumenten in hoger beroep, dan wel het ontbreken hiervan, problemen op?
- b. Heeft u behoefte aan een meer gedetailleerde wettelijke regeling van de onderhavige problematiek? Of is dit een kwestie die aan de rechtspraak moet worden overgelaten?

E UITSpraak

18. a. Wat is de hoofdregel bij uw college, zelf afdoen of terugverwijzen? Welke factoren spelen een rol bij deze keuze?
- b. Bestaat bij uw college, dan wel bij de diverse kamers binnen uw colleges op dit punt (informeel) beleid? Is dit beleid neergelegd in notities?
19. a. Hoe motiveert uw college zijn uitspraken in de regel? Is de motivering vooral op het geval toegespitst of probeert men zoveel mogelijk in algemene bewoordingen te motiveren?
- b. In hoeverre speelt bij de wijze van motiveren de hoger-beroepsfunctie 'het bevorderen van de rechtseenheid' een rol?
- c. In hoeverre speelt bij de wijze van motiveren de hoger-beroepsfunctie 'controle van de rechter in eerste aanleg' een rol?
- d. Bestaat bij uw college, dan wel bij de diverse kamers binnen uw colleges op het punt van motiveren (informeel) beleid? Is dit beleid neergelegd in notities?

F VARIA

20. Uit eerder onderzoek is bekend dat binnen en tussen de rechterlijke colleges allerlei vormen van overleg bestaan teneinde de eenheid van rechtspraak op informele wijze te bevorderen.
 - a. Hoe is binnen uw college dit overleg georganiseerd?
 - b. In hoeverre vindt ter afstemming en coördinatie overleg plaats met de andere hoger-beroepscolleges?
21. Wat is uw oordeel over het functioneren van het hoger beroep tot nu toe? Komen de onder A) genoemde functies van het hoger beroep voldoende tot hun recht?
22. a. Zijn er aspecten van het hoger beroep die in het interview niet aan de orde zijn gekomen? Welke?
- b. Heeft u nog voor het onderzoek relevante opvattingen die tot nu toe niet aan de orde zijn gekomen?

Bijlage 3: Lijst van geïnterviewde personen

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State

- mw. mr. C.M. Ligtelijn-van Bilderbeek
- mr. R.W.L. Loeb
- mr. R. Kooper

Centrale Raad van Beroep

- mr. H.A.A.G. Vermeulen
- mr. H. van Leeuwen

Rechtbank 's-Hertogenbosch

- mr. A.B.M. Hent
- mr. P.H.C.M. Schoemaker
- mw. mr. D.J. Hutten

Rechtbank Utrecht

- mr. D.A.C. Slump
- mw. mr. M.S.E. Wulffraat-van Dijk

Stibbe Advocaten

- prof. mr. N.S.J. Koeman
- mr. J.R. van Angeren